

La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Brigitte Fasel

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Dominique Sprumont, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Prof. Pascal Mahon, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne
Prof. Anne Petitpierre-Sauvain, Professeure honoraire, Faculté de droit de l'Université de Genève,
rapporteur externe

Soutenue le 17 mai 2011

Université de Neuchâtel
2011

IMPRIMATUR POUR LA THESE

La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?

Brigitte FASEL

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

**La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury**

- M. Jean-Philippe Dunand (président)**
- M. Dominique Sprumont (directeur de thèse)**
- M. Pascal Mahon (rapporteur interne)**
- Mme Anne Petitpierre-Sauvain (professeur honoraire à l'Université de Genève), rapporteur externe)**

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 17 mai 2011


Jean-Philippe Dunand, doyen

Mots clés en français : principe de précaution, santé publique, protection de l'environnement, produits thérapeutiques, gestion du risque, principes juridiques, principes constitutionnels, jurisprudence du Tribunal fédéral, Suisse, Union européenne, droit international.

Mots clés en anglais : precautionary principle, public health, environmental protection, therapeutic products, risk management, legal principles, constitutional principles, Case law of the Federal Court, Switzerland, European Union, international law.

Résumé

Cette étude porte sur l'extension du champ d'application du principe de précaution, du droit de l'environnement à la protection de la santé, et vise à découvrir s'il est judicieux, en matière de santé publique, d'appréhender l'incertitude scientifique à l'aide du principe de précaution.

Dans une première partie, l'auteure dépeint le contexte sociologique et philosophique de l'émergence du principe de précaution, les notions clés, l'essence et les implications du principe.

La seconde partie retrace l'état du droit concernant l'extension du champ d'application du principe de précaution, en droit international, en droit de l'Union européenne et en droit suisse. Elle traite tout d'abord du principe en droit de l'environnement, incluant la problématique de l'accès des particuliers à la justice, puis décrit la consécration jurisprudentielle et textuelle du principe en matière de santé publique.

La troisième partie s'attache à la question suivante : est-il vraiment nécessaire et adéquat de recourir au principe de précaution pour fonder des mesures de protection de la santé ? La réponse est évaluée à l'aune de la jurisprudence suisse concernant la mise sur le marché de produits thérapeutiques. Les relations entre le principe de précaution et certains principes fondamentaux du droit public sont abordées.

L'ultime partie est dédiée à la concrétisation du principe dans les ordres juridiques étudiés. S'appuyant sur l'apport du droit international et du droit de l'Union européenne, l'auteure propose une formulation du principe de précaution ainsi que des aménagements de la législation relative à la protection de la santé, de telle sorte que la prévention des risques incertains y soit adéquatement réglementée.

Table des matières

Bibliographie	IX
Introduction. Le principe de précaution aujourd'hui, de la protection de l'environnement à la sauvegarde de la santé publique	3
PARTIE I. FONDEMENTS	9
Chapitre 1. Contexte sociologique et philosophique de l'émergence du principe de précaution	9
1.1. La société du risque et de l'incertitude.....	10
1.1.1. Les nouveaux risques écologiques et sanitaires.....	10
1.1.2. La société du risque et l'acceptabilité sociale des risques.....	14
1.1.3. L'incertitude de la science et l'ambivalence de ses applications	17
1.1.4. Les polémiques autour du principe de précaution.....	19
1.2. Responsabilité et catastrophisme éclairé	21
1.2.1. Le principe responsabilité de Hans JONAS et le catastrophisme éclairé de Jean-Pierre DUPUY	21
1.2.2. La critique des bilans de type « coûts-avantages » et de la focalisation sur les risques pour l'environnement et la santé	24
1.2.3. L'homme comme partie de la nature et les intérêts divergents de l'impératif de croissance	26
Chapitre 2. Quelques notions importantes : la santé publique, la précaution versus la prévention des risques, les principes juridiques	29
2.1. Notions clé	29
2.1.1. La santé publique comme objet du principe de précaution	29
2.1.2. Le principe de précaution et la prévention des risques	30
2.1.3. Les risques, avérés ou scientifiquement incertains	31
2.1.4. Les liens entre précaution et prudence	35
2.2. Les principes juridiques.....	36
2.2.1. Notion	36
2.2.2. L'effet normatif des principes.....	39
2.2.3. Le rôle et le fonctionnement des principes juridiques.....	41
2.2.4. L'émergence des principes juridiques ou l'extension de leur champ d'application	44
A. Interprétation ou comblement de lacune ?.....	44
B. Le raisonnement du juge	46
2.2.5. Conséquences de l'affirmation de nouveaux principes	47

Chapitre 3. Les implications du principe de précaution comme nouveau paradigme juridique et norme « postmoderne »	49
3.1. L'incertitude scientifique dans le processus de prise de décision	49
3.1.1. La prise en compte de l'incertitude scientifique	49
3.1.2. La prise en compte du long terme	50
3.1.3. Le rôle de la science et de l'expertise dans l'évaluation des risques	51
3.1.4. La participation du public aux choix en matière de risque	54
3.1.5. L'atténuation du fardeau de la preuve	56
3.2. Les conséquences de l'incertitude sur la qualité normative du principe de précaution et sur le rôle des acteurs de sa mise en œuvre	58
3.2.1. Le principe de précaution dans le mouvement postmoderne du droit	58
3.2.2. La dimension politique de la mise en œuvre du principe de précaution et le contrôle du juge	61
3.3. L'impact de l'incertitude scientifique sur les mesures étatiques et sur la responsabilité	63
3.3.1. La procédure d'évaluation des risques et le caractère dynamique des mesures de précaution	63
3.3.2. Autres mesures de précaution	64
3.3.3. Principe de précaution et responsabilité étatique et civile	65
3.3.4. Principe de précaution et responsabilité pénale	68
PARTIE II. PRINCIPE ET DÉMARCHES DE PRÉCAUTION : ÉTAT DU DROIT	71
Chapitre 4. En droit de l'environnement : émergence, nature juridique du principe de précaution et accès à la justice	71
4.1. Le principe de précaution en droit allemand de l'environnement	72
4.1.1. L'émergence du principe de précaution	72
4.1.2. Le contenu du principe de précaution	73
4.2. Le principe de précaution en droit international de l'environnement	74
4.2.1. La réception du principe dans les instruments internationaux	74
4.2.2. La nature juridique du principe de précaution	76
A. Un principe général du droit international de l'environnement ?	76
B. Un principe directement applicable par les autorités et « justiciable » ?	78

4.3.	Le principe de précaution en droit de l'environnement de l'Union européenne	79
4.3.1.	Dans les traités constitutifs et dans la législation.....	79
4.3.2.	La nature juridique du principe de précaution et l'accès des particuliers à la justice.....	80
	A. Un principe juridique directement applicable par les autorités ?.....	81
	B. La « justiciabilité » du principe et l'accès des particuliers à la justice.....	82
4.4.	Le principe de précaution en droit suisse de l'environnement	85
4.4.1.	Ancrage constitutionnel et législatif.....	85
4.4.2.	La nature juridique du principe de précaution et l'accès des particuliers à la justice.....	86
	A. Un principe juridique de rang constitutionnel.....	87
	B. Un principe directement applicable par les autorités ?	88
	C. La « justiciabilité » du principe et l'accès des particuliers à la justice.....	90
	D. Un droit constitutionnel à la précaution ?.....	93
Chapitre 5.	Précaution et protection de la santé : état du droit	95
5.1.	Au niveau international	95
5.1.1.	Dans les instruments internationaux relatifs à la protection de la santé	95
5.1.2.	En droit international économique.....	97
	A. Les accords de l'OMC.....	97
	B. Dans les différends réglés au sein de l'OMC	98
	C. Dans le Codex Alimentarius.....	100
5.2.	En droit européen	101
5.2.1.	Les orientations politiques.....	101
5.2.2.	Dans la jurisprudence de l'Union européenne	102
	A. Survol	103
	B. Analyse.....	107
5.2.3.	Dans le droit dérivé de l'Union européenne : survol de la législation.....	109
5.2.4.	Droit de l'Union européenne et droit interne des États membres.....	111

5.3.	En droit suisse	113
5.3.1.	Dans la jurisprudence	113
	A. Survol	113
	B. Analyse	115
5.3.2.	Dans la législation	118
5.3.3.	Démarches de précaution prévues par la législation et pratique des autorités.....	119
5.3.4.	Relations entre le droit fédéral, le droit cantonal et le droit de l'Union européenne	122

PARTIE III. L'ADÉQUATION DE L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION À LA PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

125

Chapitre 6. La nécessité de la précaution en matière de santé publique et la pertinence d'énoncer un principe juridique

125

6.1.	La nécessité de la précaution en matière de santé publique : enseignements du passé	126
6.1.1.	L'amiante.....	126
6.1.2.	Les antibiotiques comme promoteurs de croissance animale.....	127
6.1.3.	La crise de la « vache folle »	128
6.1.4.	Que nous montrent ces trois affaires ?	131
6.2.	Les fondements juridiques de la précaution en matière de santé publique	131
6.2.1.	Recours implicite ou explicite au principe de précaution ?	132
6.2.2.	Prédétermination de toute démarche de précaution dans la législation ou recours à un principe juridique ?	133
6.2.3.	L'énonciation du principe de précaution par le législateur et par le juge	136
6.2.4.	La nature juridique du principe de précaution en matière de santé publique	137
6.3.	L'exemple de la jurisprudence en matière de produits thérapeutiques	139
6.3.1.	La pertinence de l'invocation du principe de précaution	139
6.3.2.	La pertinence de l'analogie entre protection de l'environnement et protection de la santé.....	142
6.3.3.	Le pouvoir d'examen du juge et la pluralité des expertises.....	144
6.3.4.	L'accès des particuliers à la justice.....	145

Chapitre 7. La mise en œuvre du principe de précaution et différents principes fondamentaux du droit public	147
7.1. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de la légalité	147
7.1.1. L'exigence de la « densité normative » suffisante et l'indétermination du principe de précaution.....	148
7.1.2. Différentes bases légales fondant une action de précaution restreignant une liberté	149
7.2. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de l'intérêt public	151
7.2.1. La balance des intérêts en situation de risque incertain	152
7.2.2. La prééminence a priori de l'intérêt protégé par le principe de précaution	156
7.3. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de la proportionnalité.....	157
7.3.1. L'aptitude et la nécessité des mesures de précaution	158
7.3.2. La proportionnalité au sens étroit des mesures de précaution	159
7.4. La mise en œuvre du principe de précaution, l'égalité de traitement et la protection contre l'arbitraire.....	161
7.4.1. La question de la cohérence des mesures de précaution entre elles.....	161
7.4.2. Pistes pour compenser le déficit de « densité normative » et améliorer la rationalité des décisions	163
 PARTIE IV. FORMULATIONS ET CONCRÉTISATIONS DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION : APPORT DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.....	 167
Chapitre 8. Formulations et concrétisations du principe de précaution.....	167
8.1. Le contenu et les conditions d'application du principe de précaution.....	168
8.1.1. Les formulations du principe de précaution	168
A. En droit international.....	168
B. En droit de l'Union européenne.....	169
C. En droit suisse.....	170
8.1.2. Minimum de scientificité et seuil de gravité.....	172
A. En droit international.....	173
B. En droit de l'Union européenne.....	174
C. En droit suisse.....	175

8.1.3.	L'évaluation préalable et continue des risques	177
A.	En droit international.....	177
B.	En droit de l'Union européenne.....	178
C.	En droit suisse.....	181
8.1.4.	La transparence et la participation du public.....	184
A.	En droit international.....	184
B.	En droit de l'Union européenne.....	185
C.	En droit suisse.....	188
8.1.5.	L'exigence de proportionnalité.....	191
A.	En droit international.....	192
B.	En droit de l'Union européenne.....	192
C.	En droit suisse.....	193
8.2.	L'impact du principe de précaution.....	194
8.2.1.	L'impact sur la répartition du fardeau de la preuve	194
A.	En droit international.....	194
B.	En droit de l'Union européenne.....	195
C.	En droit suisse.....	195
8.2.2.	L'impact sur la responsabilité étatique et civile.....	196
A.	En droit international.....	196
B.	En droit de l'Union européenne.....	197
C.	En droit suisse.....	200
Chapitre 9.	Propositions de formulation du principe de précaution en matière de santé publique et d'aménagements de la législation	205
9.1.	Les éléments indispensables ou superflus d'une formulation de la précaution.....	205
9.1.1.	La formulation du principe de précaution dans une disposition légale.....	205
9.1.2.	La mention inopportune d'exigences relatives aux indices de risque	206
9.1.3.	La condition inadéquate de la gravité des atteintes potentielles.....	207
9.1.4.	Le rappel éventuel de l'exigence de proportionnalité	207
9.1.5.	La mention généralement superflue de l'évaluation préalable et continue des risques.....	208
9.1.6.	Le renversement implicite du fardeau de la preuve	209

9.2.	Les aménagements souhaitables de la législation	209
9.2.1.	Concernant l'évaluation prospective des risques	209
9.2.2.	Concernant les impératifs de transparence, de pluralité de l'expertise et la participation du public aux choix en matière de risque.....	210
9.2.3.	Concernant la responsabilité	211
Conclusion		215

Bibliographie

ACKERMANN Jürg-Beat, « Commentaire ad art. 234-236 CP », in : NIGGLI Marcel A., WIPRÄCHTIGER Hans, *BSK Strafrecht*, vol. II, Bâle, 2007, p. 1448ss

ACKERMANN Jürg-Beat, SCHRÖDER Kerstin, « Gen- "Mais", als Gefahr ? – Zum rechtlichen Gefährdungsbegriff, insbesondere in Art. 230^{bis} StGB », in : *FS- Richli*, Zurich, 2006, p. 1ss (ACKERMANN, SCHRÖDER, *Gen- «Mais», als Gefahr*)

ACKERMANN Jürg-Beat, SCHRÖDER Kerstin, « Commentaire ad art. 230^{bis} CP », in : NIGGLI Marcel A., WIPRÄCHTIGER Hans, *BSK Strafrecht*, vol. II, Bâle, 2007, p. 1374ss (ACKERMANN, SCHRÖDER, *Commentaire ad art. 230^{bis} CP*)

ALEMANNO Alberto, « Le principe de précaution en droit communautaire, stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2001, n° 4, p. 917ss

ALEXY Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2^{ème} éd., Francfort-sur-le-Main, 1994

APPEL Ivo, « Rechtliche Strategien im Umgang mit Ungewissheit », in : RUCH Alexander (éd.), *Recht und neue Technologien*, Zurich, Bâle, Genève, Berlin, 2004, p. 123ss

ARNAUD André-Jean, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1998

ARNDT Birger, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, Tübingen, 2009

ARNOLD Sabine, GASSNER Beat, GIGER Thomas, ZWAHLEN Roland, « Banning antimicrobial growth promoters in feedstuffs does not result in increased therapeutic use of antibiotics in medicated feed in pig farming », *Pharmacoepidemiology and Drug Safety*, vol. 13, 2004, p. 323ss

ASHFORD Nicolas A., « Implementing a Precautionary Approach in Decisions Affecting Health, Safety, and the Environment : Risk, Technology Alternatives, and Tradeoff-Analysis », in : FREYTAG Elisabeth (ed.), *The Role of Precaution in Chemicals Policy*, Vienne, 2002, p. 128ss

AUBERT Jean-François, MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève, 2003

AUBY Jean-Bernard, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions », in : Conseil d'État, Rapport public 2005, *Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, 2005, p. 351ss

AUDÉTAT Marc, « La négociation des risques. Expertise, acceptabilité et "démocratie technique" », in : BURTON-JEANGROS Claudine, GROSSE Christian, NOVEMBER Valérie (dir.), *Face aux risques*, Chêne-Bourg, 2007, p. 91ss

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit Constitutionnel Suisse. Volume I*, 2^{ème} éd., Berne 2006 (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume I*)

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit Constitutionnel Suisse. Volume II*, 2^{ème} éd., Berne 2006 (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume II*)

AYER Ariane, *Droit international de l'environnement : responsabilité de l'État pour inactivité législative et droits des particuliers*, Bâle, 2001

BAGHESTANI-PERREY Laurence, « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *Recueil Dalloz*, chron. 1999, p. 457ss (BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution : nouveau principe fondamental*)

BAGHESTANI-PERREY Laurence, « Le principe de précaution en droit positif », in : LARCENEUX André, BOUTELET Marguerite (dir.), *Le principe de précaution. Débats et enjeux*, Dijon, 2005, p. 91ss (BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution en droit positif*)

BALAÏDI Nadia, « Les enjeux de la formulation du principe de précaution pour une politique globale de l'environnement », in : LARCENEUX André, BOUTELET Marguerite (dir.), *Le principe de précaution. Débats et enjeux*, Dijon, 2005, p. 77ss

BARTHE Yannick, « De la décision à l'exploration. Les transformations de l'expertise dans le domaine des déchets nucléaires », in : CLAUDE Gilbert (dir.), *Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, Paris, 2003, p. 129ss

BAVILLE Marie, « La protection de la santé publique : l'expérience de terrain », *Revue générale de droit médical*, numéro spécial, *La protection de la santé publique*, 2005, p. 43ss

BECK Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, 2001 (trad.)

B EGLINGER Fridolin, « Commentaire ad art. 230ss CP », in : NIGGLI Marcel A., WIPRÄCHTIGER Hans, *BSK Strafrecht*, vol. II, Bâle, 2007, p. 1373s

BÉLANGER Michel, « Une solution dans le débat sur le droit à la santé ? Le droit à la sécurité sanitaire, approche de droit international », in : *Mélanges Dubouis*, 2002, p. 767ss (BÉLANGER, *Une solution dans le débat sur le droit à la santé*)

BÉLANGER Michel, « La protection de la santé publique : aspects européens et internationaux », *Revue générale de droit médical*, numéro spécial, *La protection de la santé publique*, 2005, p. 21ss (BÉLANGER, *La protection de la santé publique*)

BELLANGER François, « La qualité de partie à la procédure administrative », in : TANQUEREL Thierry, BELLANGER François (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève, Bâle, Zurich, 2004, p. 33ss (BELLANGER, *La qualité de partie*)

BIAGGINI Giovanni, *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991 (BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*)

BIAGGINI Giovanni, « "Ratio legis" und richterliche Rechtsfortbildung », in : Juristische Fakultät der Universität Basel (éd.), *Die Bedeutung der « Ratio legis »*, Bâle, Genève, Munich, 2001, p. 51ss (BIAGGINI, « *Ratio legis* »)

BIAGGINI Giovanni, « Methodik in der Rechtsanwendung », in : *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts : Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow*, Berne, 2004, p. 27ss (BIAGGINI, *Methodik*)

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Unilateralism and Environmental Protection », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 2, p. 315ss (BOISSON DE CHAZOURNES, *Unilateralism and Environmental Protection*)

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002, p. 65ss (BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*)

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Le principe de précaution », in : ROUNDTABLE ON PRECAUTION IN ENVIRONMENTAL POLICY-MAKING, *La précaution – de Rio à Johannesburg : travaux d'une table ronde organisée par le Réseau environnement de Genève*, Genève, 2002, p. 10ss (BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution*)

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, DESGAGNÉ Richard, MBENGUE Makane M., ROMANO Cesare, *Protection internationale de l'environnement. Recueil d'instruments juridiques*, Paris, 2005

BORDOGNA PETRICCIONE Barbara, « De l'utilisation de la notion de risque dans le débat public sur les biotechnologies », in : HUNYADI Mark (dir.), *Les usages de la précaution*, *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLII, 2004, n° 130, p. 73ss

BOUTONNET Mathilde, GUEGAN Anne, « Historique du principe de précaution », in : KOURILSKI Philippe, VINEY Geneviève, *Le principe de précaution : rapport au premier Ministre*, Paris, 2000, p. 253ss

BOY Laurence, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », Petites affiches, 8 janvier 1997, n° 4, p. 6ss

BREIER Siegfried, VYGEN Hendrik, « Commentaire ad titre XIX, environnement », in : LENZ Carl Otto, BORCHARDT Klaus-Dieter (éd.), *EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung*, Cologne, 2003, p. 1701ss

BRÜCKER Gilles, « Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé », Recueil Dalloz, n° 22, 2007, p. 1546ss

BRUNDTLAND Gro Harlem, *Notre avenir à tous*, Montréal, 1988

BRUNNER Ursula, « Commentaire LPE ad art. 39 », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.), Zurich, Bâle, Genève, 1998-2004

BRUNNER Ursula, KELLER Helen, « 20 Jahre Umweltschutzgesetz – Rückblick und Würdigung », ZBl, vol. 106, 2005, n° 1, p. 1ss

CALABRESI Guido, BOBBITT Philipp, *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, New York, 1978

CALLON Michel, LASCOUMES Pierre, BARTHE Yannick, *Agir dans un monde incertain*, Paris, 2001

CAMERON James, ABOUCHAR Juli, « The status of the Precautionary Principle in International law », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 29ss

CASTEL Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?* Paris, 2003

CAZALA Julien, « Principe de précaution et procédure devant le juge international », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002, p. 160ss (CAZALA, *Principe de précaution et procédure*)

CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Louvain-la-Neuve, 2006 (CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*)

CHARBONNEAU Simon, « L'acceptabilité sociale du risque sanitaire en droit européen de l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, avril 1998, n° 4, p. 384ss

CHEROT Jean-Yves, « Le système juridictionnel communautaire et la protection de l'environnement. L'interprétation de l'article 230, al. 4, du traité concernant la qualité pour agir des particuliers et des groupements invoquant le droit de l'environnement », in : MALJEAN-DUBOIS Sandrine (éd.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris 2000, p. 235ss

CHRISTOFOROU Theofanis, « The Origins, Content and Role of The Precautionary Principle in European Community Law », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002, p. 205ss

COLEMAN Jules L., HOLAHAN William L., « Review : Tragic Choices by Guido Calabresi ; Philip Bobbitt », *California Law Review*, vol. 67, décembre 1979, n° 6, p. 1379ss

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, vol. 1, Berne, 2002

CORDONIER SEGGER Marie-Claire, KHALFAN Ashfaq, GEHRING Markus, TOERING Michelle, « Prospects for Principles of International Sustainable Law after the WSSD : Common but Differentiated Responsibilities, Precaution and Participation », *RECIEL*, vol. 12, 2003, n° 1, p. 54ss

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., Paris, 2006

COTTIER Thomas, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 2^{ème} éd., Coire, Zurich, 1991

DEGUERGUE Maryse, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », in : PÂQUES Michel (éd.), *Le principe de précaution en droit administratif. Rapport international et rapports nationaux, XVII^e Congrès international de droit comparé*, Utrecht, 16-22 juillet 2006, p. 151ss

DELANNOI Gil, « Sagesse, prudence, précaution », *RJE*, 2000, n° spécial, p. 11ss

DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994

DE SADELEER Nicolas, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, 1999 (DE SADELEER, *Les principes du pollueur - payeur*)

DE SADELEER Nicolas, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », RFDA, mai-juin 2001, p. 547ss (DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution*)

DE SADELEER Nicolas, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », Cahiers de droit européen, janvier 2001, n° 1-2, p. 79ss (DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*)

DE SADELEER Nicolas, « Le principe de précaution, un nouveau principe général de droit », JTDE, mai 2003, p. 129ss (DE SADELEER, *Le principe de précaution*)

DE SADELEER Nicolas, « Le statut juridique du principe de précaution », in : EWALD François, GOLLIER Christian, DE SADELEER Nicolas, *Le principe de précaution*, 2^{ème} éd., Paris, 2008, p. 73ss (DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*)

DESCHENAUX Henri, « Les procédés du raisonnement dans l'interprétation et le complètement de la loi », in : *Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener*, Zurich, 1973, p. 21ss

DUFOUR Geneviève, « Les OGM à l'OMC : résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l'affaire CE - Produits biotechnologiques », Revue québécoise de droit international (hors série), 2007, p. 281ss

DUPONT Anne-Sylvie, *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, Genève, 2005

DUPUY Jean-Pierre, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Paris, 2002 (Jean-Pierre DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*)

DUPUY Jean-Pierre, « Préface : Les rêves de la raison », in : HUNYADI Mark (dir.), *Les usages de la précaution*, Revue européenne des sciences sociales, Tome XLII, 2004, n° 130, p. Vss (Jean-Pierre DUPUY, *Préface : Les rêves de la raison*)

DUPUY Pierre-Marie, « Le principe de précaution, règle émergente du droit international général », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002 (Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*)

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, 2006 (Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*)

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Le principe de précaution dans la jurisprudence communautaire », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002

DWORKIN Ronald, « La chaîne du droit », *Droit et société*, vol. I, Paris, 1985, p. 51ss (trad.), (DWORKIN, *La chaîne du droit*)

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, 1995 (trad.), (DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*)

EICHENBERGER Kurt, « Wesen, Aufgabe und Prinzipien der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung », in : EICHENBERGER Kurt, MÜLLER Jörg Paul, RHINOW René A., SCHINDLER Dietrich, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bâle, Zurich, Berne, 1987, p. 1ss

EICHENBERGER Thomas, JAISLI Urs, RICHLI Paul (éd.), *Balser Kommentar. Heilmittelgesetz*, Bâle, Genève, Munich, 2006

ELLUL Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, 1990

ENGI Lorenz, « Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts », *Jusletter*, 13 novembre 2006

EPINEY Astrid, PFENNINGER Hanspeter, GRUBER Reto, *Europäisches Umweltrecht und die Schweiz. Neuere Entwicklungen und ihre Implikationen*, Berne, 1999

EPINEY Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2^{ème} éd., Cologne, Berlin, Munich, 2005

ERRASS Christoph, *Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich*, Berne, 2006 (ERRASS, *Öffentliches Recht der Gentechnologie*)

EWALD François, « Philosophie de la précaution », *L'année sociologique*, vol. 46, 1996, n° 2, p. 383ss (EWALD, *Philosophie*)

EWALD François, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in : GODARD Olivier (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, 1997, p. 99ss (EWALD, *Le retour*)

EWALD François, « Philosophie politique du principe de précaution », in : EWALD François, GOLLIER Christian, DE SADELEER Nicolas, *Le principe de précaution*, 2^{ème} éd., Paris, 2008, p. 6ss (EWALD, *Philosophie politique*)

FASEL Brigitte, SPRUMONT Dominique, « La démarche et le principe de précaution en droit administratif suisse », in : *Rapports suisses présentés au XVIIème Congrès international de droit comparé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, n° 54, Genève, Zurich, Bâle, 2006, p. 191ss

FAVRE Anne-Christine, avec la collaboration de JUNGO Fabia, « Chroniques du droit de l'environnement. Première partie. Principes généraux, taxes et assainissements », RDAF, 2008, n° 1, p. 17ss

FISCHLER Claude, « La maladie de la "vache folle" », in : APFELBAUM Marian (dir.), *Risques et peurs alimentaires*, Paris, 1998, p. 45ss

FLÜCKIGER Alexandre, MORAND Charles-Albert, TANQUEREL Thierry, *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement*, Cahiers de l'environnement n° 314, Berne, 2000

FLÜCKIGER Alexandre, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, p. 107ss (FLÜCKIGER, *La preuve juridique*)

FLÜCKIGER Alexandre, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in : AUER Andreas, FLÜCKIGER Alexandre, HOTTELIER Michel (éd.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur de Giorgio Malinverni*, Genève, 2007, p. 155ss (FLÜCKIGER, *L'obligation jurisprudentielle*)

FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996 (FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*)

FREESTONE David, HEY Ellen, « Implementing the Precautionary Principle : Challenges and Opportunities », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 249ss (FREESTONE, HEY, *Implementing the Precautionary Principle*)

FUHLROTT Volker, « Mais in Bern. Haftung und Versicherung nach dem Gentechnik-Gesetz », REAS, 2004, n° 1, p. 13ss

GEE David, STIRLING Andrew, « Late lessons from early warnings : improving science and governance under uncertainty and ignorance », in : MARTUZZI Marco, TICKNER Joel A. (éd.), *The precautionary principle : protecting public health, the environment and the future of our children*, OMS, 2004

GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, Paris, 1994

GODARD Olivier (éd.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, 1997 (GODARD, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*)

GODARD Olivier, « Précaution légitime et proportionnalité », *Risques*, juillet-septembre 2001, n° 47, p. 95ss (GODARD, *Précaution légitime*)

GODARD Olivier, « Le principe de précaution face au dilemme de la traduction juridique des demandes sociales. Leçons de méthode tirées de l'affaire de la vache folle », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002, p. 29ss (GODARD, *Le principe de précaution face au dilemme*)

GODARD Olivier, HENRY Claude, LAGADEC Patrick, MICHEL-KERJAN Erwann, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Gallimard, 2002

GOLLIER Christian, « Économie du principe de précaution », in : EWALD François, GOLLIER Christian, DE SADELEER Nicolas, *Le principe de précaution*, 2^{ème} éd., Paris, 2008, p. 104ss

GONZALES-VAQUE Luis, EHRING Lothar, JAQUET Cyril, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la santé », *Revue du Marché Unique Européen*, janvier 1999, n° 1, p. 79ss

GOSSEMENT Arnaud, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, Paris, 2003

GRAVEN Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., Berne, 1995

GRIFFEL Alain, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zurich 2001 (GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*)

GRISEL André, « Droit public non écrit. Droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales », in : *Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden*, Bâle, Stuttgart, 1972, p. 139ss (GRISEL, *Droit public non écrit*)

GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel, 1984 (GRISEL, *Traité de droit administratif*)

GROSS Jost, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen*, Berne, 2001

GUILLOD Olivier, SPRUMONT Dominique, « Le droit à la santé : un droit en émergence », in : AUER Andreas, ZEN-RUFFINEN Piermarco (éd.), *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 337ss

GUILLOD Olivier, ZENGER Christoph Andreas, « Droit de la santé », in : GUTZWILLER Felix, JEANNERET Olivier (éd.), *Médecine sociale et préventive. Santé publique*, 2^{ème} éd., Berne, Göttingen, Toronto, Seattle, 1999, p. 161ss

GYGI Fritz, « Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung », *recht*, 1983, n° 1, p. 79ss (GYGI, *Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung*)

GYGI Fritz, *Verwaltungsrecht, eine Einführung*, Berne, 1986 (GYGI, *Verwaltungsrecht*)

HÄFELIN Ulrich, « Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht », in : HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, MÜLLER Georg, SCHINDLER Dietrich (éd.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich, 1981, p. 91ss (HÄFELIN, *Zur Lückenfüllung*)

HÄFELIN Ulrich, « Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung », in : HALLER Walter, KÖLZ Alfred, MÜLLER Georg, THÜRER Daniel, *Im Dienst der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1989, p. 585ss (HÄFELIN, *Wertung und Interessenabwägung*)

HÄFELIN Ulrich, MÜLLER Georg, UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève, 2006

HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, KELLER Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^{ème} éd., Zurich, Bâle, Berne, 2008

HANCHER Leigh, « EC Environmental Policy – a Pre-cautionary Tale? », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 187ss

HANSCHER Dirk, « Progress and the Precautionary Principle in Administrative Law – Country Report on Germany », in : PÂQUES Michel (éd.), *Le principe de précaution en droit administratif. Rapport international et rapports nationaux. XVII^e Congrès international de droit comparé*, Utrecht, 16-22 juillet 2006, p. 101ss

HÄNER Isabelle, « Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess », RDS, NS 106, 1997, vol. 2, p. 253ss (HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen*)

HANGARTNER Yvo, « Commentaire ad art. 5 Cst. », in: EHRENZELLER Bernhard, MASTRONARDI Philippe, SCHWEIZER Rainer J., VALLENDER Klaus A., *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève, 2008, p. 99ss

HÄNNI Christian, HARBATH Stephan, SPRUMONT Dominique, « La résistance aux antibiotiques : quels enjeux juridiques ? », Rapport IDS n° 9, Chêne-Bourg, 2006

HENRY Emmanuel, *Amiante : un scandale improbable. Sociologie d'un problème public*, Rennes, 2007

HERMITTE Marie-Angèle, « Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France », in : GODARD Olivier (éd.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, 1997, p. 179ss (HERMITTE, *Le principe de précaution*)

HERMITTE Marie-Angèle, DORMONT Dominique, « Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle », in : KOURILSKI Philippe, VINEY Geneviève, *Le principe de précaution : rapport au premier Ministre*, Paris, 2000, Annexe 3, p. 341ss

HERMITTE Marie-Angèle, « Questions d'une juriste à un sociologue. A propos de l'ouvrage d'Alexis Roy – Les Experts face au risque : le cas des plantes transgéniques », *Natures Sciences Sociétés*, 2003, n° 11, p. 37ss (HERMITTE, *Questions*)

HERMITTE Marie-Angèle, « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », in : BURTON-JEANGROS Claudine, GROSSE Christian, NOVEMBER Valérie (dir.), *Face aux risques*, Chêne-Bourg, 2007, p. 29ss (HERMITTE, *La fondation juridique*)

HUNYADI Mark, « La logique du raisonnement de précaution », in : HUNYADI Mark, (dir.), *Les usages de la précaution*, *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLII, 2004, n° 130, p. 9ss (HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*)

HURTADO POZO José, *Droit pénal. Partie générale*, nouvelle éd. refondue et augmentée, Genève, 2008

HUTTER Silvan, *Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht*, Fribourg, 1989

ICARD Philippe, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTD eur.* n° 38, 2002, p. 471ss (ICARD, *Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire*)

ICARD Philippe, « Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire », in : *Le principe de précaution. Débats et enjeux*, LARCENEUX André, BOUTELET Marguerite, (dir.), Dijon, 2005, p. 103ss (ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*)

JÉGOUZO Yves, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, mars-avril 1996, p. 209ss

JONAS Hans, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 1990 (trad.)

KAUFMANN Alain, PERRET Horace, BORDOGNA PETRICCIONE Barbara, AUDÉTAT Marc, JOSEPH Claude, « De la gestion à la négociation des risques : Apports des procédures participatives d'évaluation des choix technologiques », in : HUNYADI Mark (dir.), *Les usages de la précaution*, Revue européenne des sciences sociales, Tome XLII, 2004, n° 130, p. 110ss

KISS Alexandre, « The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996

KLOEPFER Michael, *Umweltrecht*, 3^{ème} éd., Munich, 2004

KNAPP Blaise, « Les principes constitutionnels et leurs relations », in : HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, MÜLLER Georg, SCHINDLER Dietrich, (éd.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich, 1981, p. 168ss (KNAPP, *Les principes constitutionnels*)

KNAPP Blaise, « De l'administration de police au service public », in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle, Francfort sur-le-Main, 1982, p. 733ss (KNAPP, *De l'administration de police*)

KNAPP Blaise, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991 (KNAPP, *Précis de droit administratif*)

KNOEPFEL Peter, « Les cycles écologiques et le principe de la légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité », in : MORAND Charles-Albert (éd.), *Figures de la légalité*, Paris, 1992, p. 141ss

KOLLER Heinrich, SCHINDLER Benjamin, « Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit », in : *Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 2004, Berne, 2004, p. 277ss

KOURILSKI Philippe, VINEY Geneviève, *Le principe de précaution : rapport au premier Ministre*, Paris, 2000

KOURILSKY Philippe, *Du bon usage de la précaution*, Paris 2002

KRAUS Daniel, SCHMIDT Aline, « Le "droit à la santé" : quelques considérations de droit constitutionnel à la lumière du droit international », RDS, 2006, n° 1, p. 85ss

KUHN Thomas S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983 (trad.)

KUNZ Peter V., « Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz », recht, vol. 24, 2006, n° 2, p. 37ss

LAGADEC Patrick, *La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris, 1981

LAKI Andreas, « Der Bundesrat missachtet das Vorsorgeprinzip », Plädoyer, mars 2006, p. 22ss

LANDRIGAN Philip J., TRASANDE Leonardo, « Applying the precautionary principle in environmental risk assessment to children », in : MARTUZZI Marco, TICKNER Joel A. (éd.), *The precautionary principle : protecting public health, the environment and the future of our children*, Organisation mondiale de la santé, 2004, p. 121ss, disponible sous <http://www.euro.who.int/en/what-we-publish/abstracts/the-precautionary-principle-protecting-public-health-the-environment-and-the-future-of-our-children> (consulté le 29 juin 2010)

LANFRANCHI Marie-Pierre, MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « Le contrôle juridictionnel sur le plan international. Le contrôle du juge international un jeu d'ombres et de lumières », in : MALJEAN-DUBOIS Sandrine (éd.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris 2000, p. 247ss

LARRÈRE Catherine, « Le contexte philosophique du principe de précaution », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002

LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002

LE BRETON David, *La sociologie du risque*, Paris, 1995

LEIMBACHER Jörg, « Commentaire LPE ad art. 26 », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.), Zurich, Bâle, Genève, 1998-2004

LEMIEUX Cyril, BARTHE Yannick, « Les risques collectifs sous le regard des sciences du politique. Nouveaux chantiers, vieilles questions », Politix, Revue des sciences sociales du politique, 1998, n° 44, p. 7ss

LENGLET Roger, *L'affaire de l'amiante*, Paris, 1996

LORETAN Theo, « Commentaire LPE ad art. 55 », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.), Zurich, Bâle, Genève, 1998-2004

LYOTARD Jean-François, *La condition postmoderne*, Paris, 1979

MACHERET Augustin, « La proportionnalité des actes étatiques : une appréciation difficile », RFJ, 2002, n° 1, p. 187ss

MACLAUCHLAN H. Wade, « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », in : MORAND Charles-Albert (éd.), *Figures de la légalité*, Paris, 1992, p. 91ss

MADER Luzius, « Die Umwelt in neuer Verfassung? Anmerkungen zu Umweltschutzrelevanten Bestimmungen der neuen Bundesverfassung », DEP 2000, p. 105ss (MADER, *Die Umwelt in neuer Verfassung*)

MAHON Pascal, « L'information par les autorités. Rapports et communications à la Société suisse des juristes », RDS, NS 118, 1999, vol. 2, n° 3, p. 199ss

MAISANI Pauline, WIENER Florence, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », Droit et Société, 1994, n° 27, p. 443ss

MALINVERNI Giorgio, « La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme », RUDH, vol. 2, 1990, n° 11, p. 401ss

MANAÏ Dominique, *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Bâle, Genève, Munich, 1999

MANES Anna, « Commentaire ad Titre XIX (ex-titre XVI) TCE », in : LÉGER Philippe (éd.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Genève, Munich, 1999, p. 1317ss

MARCEAU Gabrielle, « Le principe de précaution et les règles de l'organisation mondiale du commerce (OMC) », in : LEBEN Charles, VERHOEVEN Joe (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002, p. 131ss

MARTIN Gilles, « Précaution et évolution du droit », in : GODARD Olivier (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, 1997, p. 331ss (MARTIN, *Précaution et évolution du droit*)

MARTIN Gilles, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée ? », in : *Les hommes et l'environnement. Mélanges en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, 1998, p. 451ss (MARTIN, *Le concept de risque*)

MARTIN-BIDOU Pascale, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », RGDIP, 1999, p. 632ss

MAZEN Noël-Jean, « Ethique, risque et précaution », Revue générale de droit médical, 2006, n° 21, p. 261ss

MBENGUE Makane Moïse, THOMAS Urs, « Le Codex Alimentarius, le Protocole de Cartagena et l'OMC : Une relation triangulaire en émergence ? », in : HUNYADI Mark (dir.), *Les usages de la précaution*, Revue européenne des sciences sociales, Tome XLII, 2004, n° 130, p. 229ss

MBENGUE Makane Moïse, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, 2009

MEGIE Gérard, « Incertitude scientifique et décision politique : le cas "historique" de l'ozone stratosphérique », in : GODARD, Olivier (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, 1997, p. 215ss

MEIER-HAYOZ Arthur, « Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung », JZ, vol. 36, 1981, p. 417ss (MEIER-HAYOZ, *Strategische und taktische Aspekte*)

MEIER-HAYOZ Arthur, « Commentaire ad art. 1 CC », in : *Berner Kommentar. Einleitung und Personenrecht*, vol. 1, Berne, 1966 (MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*)

MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », RFDA, mai-juin 1998, p. 495ss (MODERNE, *Actualité des principes généraux*)

MODERNE Franck, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », RFDA, juillet-août 1999, p. 722ss (MODERNE, *Légitimité des principes généraux*)

MOHLER Markus H. F., « Vernetzung von Sicherheit », in : SCHWEIZER Rainer J. (éd.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR vol. III/1, Bâle, 2008, p. 521ss

MOOR Pierre, « De la règle de droit comme instrument de gestion démocratique », Revue européenne des sciences sociales, Tome XXXI, 1993, n° 97, p. 171ss (MOOR, *De la règle de droit*)

MOOR Pierre, *Droit administratif. Volume I. Les fondements généraux*, 2^{ème} éd., Berne 1994 (MOOR, *Droit administratif, Volume I*)

MOOR Pierre, « Définir l'intérêt public : une mission impossible ? », in : RUEGG Jean, DECOUTERE Stéphane et METTAN Nicolas (éd.), *Le partenariat public-privé, un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ?* Lausanne 1994, p. 217ss (MOOR, *Définir l'intérêt public*)

MOOR Pierre, « De la place de la prohibition de l'arbitraire dans l'ordre juridique. Réflexions sur le droit et la justice », in : EHRENZELLER Bernhard, MASTRONARDI Philippe, SCHAFFHAUSER René, SCHWEIZER Rainer J., VALLENDER Klaus A. (éd.), *Die Verfassung vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gall, Larchen, 1998, p. 605ss (MOOR, *De la place de la prohibition de l'arbitraire*)

MOOR Pierre, « Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'État », in : THÜRER Daniel, AUBERT Jean-François, MÜLLER Jörg Paul (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 265ss (MOOR, *Principes de l'activité étatique*)

MOOR Pierre, *Droit administratif. Volume II. Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^{ème} éd., Berne 2002 (MOOR, *Droit administratif, Volume II*)

MOOR Pierre, « La notion de participation dans la systématique du droit public », in : TANQUEREL Thierry, BELLANGER François (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève, Bâle, Zurich, 2004, p. 9ss (MOOR, *La notion de participation*)

MORAND Charles-Albert, « La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes », in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle, 1982, p. 423ss (MORAND, *La crise du droit*)

MORAND Charles-Albert, « Le principe de la légalité et l'interventionnisme étatique », in : *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts. Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Berne, 1989, p. 139ss (MORAND, *Le principe de la légalité*)

MORAND Charles-Albert, « La coordination matérielle : De la pesée des intérêts à l'écologisation du droit », DEP 1991, p. 201ss (MORAND, *La coordination matérielle*)

MORAND Charles-Albert (éd.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1992 (MORAND, *La légalité*)

MORAND Charles-Albert, « La légalité de la légalité », in : MORAND Charles-Albert (éd.), *Figures de la légalité*, Paris, 1992 (MORAND, *La légalité de la légalité*)

MORAND Charles-Albert, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in : *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996 (MORAND, *Vers une méthodologie*)

MORAND Charles-Albert, « La fin des règles fixes », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XXXIV, 1996, n° 104, p. 195ss (MORAND, *La fin des règles fixes*)

MORAND Charles-Albert (éd.), « Pesées d'intérêts et décisions complexes », in : *La pesée globale des intérêts*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 41ss (MORAND, *Pesées d'intérêts et décisions complexes*)

MORAND Charles-Albert, « Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes », in : OST François, GUTWIRTH Serge (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Bruxelles, 1996, p. 261ss (MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*)

MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999 (MORAND, *Le droit néo-moderne*)

MORELL Reto, « Commentaire ad art. 74 Cst. », in : EHRENZELLER Bernhard, MASTRONARDI Philippe, SCHWEIZER Rainer J., VALLENDER Klaus A., *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zurich, Bâle, Genève, 2008, p. 1319ss

MÜLLER Georg, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève, 2006 (MÜLLER Georg)

MÜLLER Jörg Paul, « Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten », in : THÜRER Daniel, AUBERT Jean-François, MÜLLER Jörg Paul (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 621ss (MÜLLER Jörg Paul)

NGUYEN QUOC Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public*, 5^{ème} éd., Paris, 1994

NOIVILLE Christine, « Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé », Petites affiches, 30 novembre 2000, n° 239, p. 39ss (NOIVILLE, *Principe de précaution et gestion des risques*)

NOIVILLE Christine, « Principe de précaution et Organisation Mondiale du Commerce. Le cas du commerce alimentaire », Journal du Droit International, 2000, n° 2, p. 263ss (NOIVILLE, *Principe de précaution*)

NOIVILLE Christine, DE SADELEER Nicolas, « La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques », Revue du droit de l'Union européenne, Revue trimestrielle de droit européen, 2001, vol. 2, p. 389ss

NOIVILLE Christine, « Qu'est-ce qu'un risque acceptable ? Quelques réflexions juridiques », in : GILBERT Claude (dir.), *Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, Paris, 2002, p. 279ss (NOIVILLE, *Qu'est-ce qu'un risque acceptable ?*)

NOIVILLE Christine, « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », in : LECOURT Dominique (dir.), *La santé face au principe de précaution*, Paris, 2009, p. 73ss (NOIVILLE, *Principe de précaution et santé*)

NOLLKAEMPER André, « "What you risk reveals what you value", and Other Dilemmas Encountered in the Legal Assaults on Risks », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 73ss

OBERSON Xavier, « La légalité en administration de promotion », in : MORAND Charles-Albert (éd.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1992, p. 91ss

O'RIORDAN Tim, CAMERON James, JORDAN Andrew (éd.), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Londres, 2001

OST François, « Les multiples temps du droit », in : AUSTRUY Jacques-Jean et al. (dir.), *Le droit et le futur*, Paris 1985, p. 115ss

PÂQUES Michel, « La précaution en droit administratif. Rapport international de synthèse », in : PÂQUES Michel (éd.), *Le principe de précaution en droit administratif. Rapport international et rapports nationaux. XVII^e Congrès international de droit comparé*, Utrecht, 16-22 juillet 2006, p. 1ss

PAPAUX Alain, « Droit et science : l'heure du dialogue dans la précaution. Ou comment la philosophie du droit de l'environnement en prépare les fiançailles au son du principe de précaution », in : BOVAY Benoît, NGUYEN Minh Son (éd.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne, 2005, p. 151ss

PERETTI-WATEL Patrick, *La société du risque*, Paris, 2001

PERLER Lukas, « Bovine spongiforme Enzephalopathie (BSE) : Auftreten und Entwicklung in Europa », *Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie*, février 2001, n° 153, p. 55ss

PERLER Lukas, GUIDON Daniel, SCHMIDT Josef, « Die Bekämpfung der BSE : ein Prüfstein für den Veterinärdienst », *Schweizer Archiv für Tierheilkunde*, vol. 144, 2002, n° 12, p. 692ss

PERRETEAU Vincent, SCHWARZ Franziska, CRESTA Luna, BÖGLIN Marianne, DASEN Gottfried, TEUBER Michael, « Antibiotic resistance spread in food », *Nature*, vol. 389, 23 octobre 1997, p. 801s

PEREZ Franz, « The World Summit on Sustainable Development : Environment, Precaution and Trade. A Potential for Success and/or Failure », *RECIEL*, vol. 12, 2003, n° 1, p. 12ss

PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, « La responsabilité du pollueur : Révision de la LPE et droit souhaitable », *SemJud* 1996, p. 17ss (PETITPIERRE-SAUVAIN, *La responsabilité du pollueur*)

PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, « Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse », in : THÜRER Daniel, AUBERT, Jean-François, MÜLLER, Jörg-Paul (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 579ss (PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*)

PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, « Coexistence et responsabilité : "im Sinne der Vorsorge" », *DEP*, 2007, n° 7, p. 742ss (PETITPIERRE-SAUVAIN, *Coexistence et responsabilité*)

PILO Paola, « Législation suisse et résistances aux antibiotiques en médecine vétérinaire : questions de santé publique », Jusletter 15 septembre 2008

POLEDNA Thomas, BERGER Brigitte, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne, 2002

POLEDNA Thomas, « Commentaire ad art. 118 Cst. », in : EHRENZELLER Bernhard, MASTRONARDI Philippe, SCHWEIZER Rainer J., VALLENDER Klaus (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich, Bâle, Genève, 2008, p. 1820ss

POLLAK Michael, « La régulation technologique : le difficile mariage entre le droit et la technologie », *Revue française de science politique*, 1982, n° 32/2, p. 165ss

PROBST Thomas, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse », *RJN*, 2004, p. 13ss

RAUSCH Heribert, MARTI Arnold, GRIFFEL Alain, *Umweltrecht. Ein Lehrbuch*, Zurich, Bâle, Genève, 2004

REINHARD VON SUMISWALD Hans, *Allgemeines Polizeirecht – Aufgaben, Grundsätze und Handlungen*, Berne, Stuttgart, Wienne, 1993

RICHLI Paul, « Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte », *PJA*, 2002, p. 340ss

RICOEUR Paul, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Revue Esprit*, 1994, n° 11, p. 28ss.

RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3^{ème} éd., Paris, 1999

RHINOW René, SCHEFER Markus, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Bâle, 2009

ROBIN Marie-Monique, *Le monde selon Monsanto. De la Dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, Paris, Issy-les-Moulineaux, 2008

ROMY Isabelle, « Les droits de recours administratif des particuliers et des organisations en matière de protection de l'environnement », *DEP*, 2001, n° 3, p. 248ss

ROUYÈRE Aude, « Protection de la santé publique et droit de la responsabilité », *RGDM*, n° spécial, *La protection de la santé publique*, 2005, p. 105ss

RUCH Alexander, « Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie », in : SCHWEIZER Rainer J. (éd.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR vol. III/1, 2008, p. 1ss

SANDS Philippe, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, Manchester, New-York, 1995 (SANDS, *Principles*)

SANDS Philippe, « Les Cours internationales et le principe de précaution », in : ROUNDTABLE ON PRECAUTION IN ENVIRONMENTAL POLICY-MAKING, *La précaution – de Rio à Johannesburg : travaux d'une table ronde organisée par le Réseau environnement de Genève*, Genève, 2002, p. 31ss (SANDS, *Les Cours internationales*)

SCHETTLER Ted, RAFFENSPRENGER Carolyn, « Why is a precautionary approach needed ? », in : MARTUZZI Marco, TICKNER Joel A. (éd.), *The precautionary principle : protecting public health, the environment and the future of our children*, Organisation mondiale de la santé, 2004, p. 63ss, disponible sous <http://www.euro.who.int/en/what-we-publish/abstracts/the-precautionary-principle-protecting-public-health,-the-environment-and-the-future-of-our-children> (consulté le 29 juin 2010)

SCHLUEP Walter R., « Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung », in : *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Hans Peter Walter*, Berne, 2005, p. 199ss

SCHMID Gerhard, « Rechtsfragen bei Grossrisiken », RDS, NS 109, 1990, vol. 2, p. 1ss

SCHWEIZER Mark, « Drittbeschwerde gegen arzneimittelrechtliche Zulassungen », PJA, juillet 2005, p. 797ss (SCHWEIZER Mark)

SCHWEIZER Rainer J., SUTTER Patrick, WIDMER Nina, « Grundbegriffe », in : SCHWEIZER Rainer J. (éd.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR, vol. III/1, Bâle, 2008, p. 53ss

SCHWEIZER Rainer J., « Commentaire ad art. 36 Cst. », in : EHRENZELLER Bernhard, MASTRONARDI Philippe, SCHWEIZER Rainer J., VALLENDER Klaus A., *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zurich, Bâle, Genève, 2008, p. 727ss (SCHWEIZER Rainer J.)

SCOTT Joanne, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*, Oxford, 2007

SEILER Hansjörg, *Recht und technische Risiken. Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts*, Zürich, 1997 (SEILER, *Recht und technische Risiken*)

SEILER Hansjörg, « Commentaire LPE ad art. 10 et ad art. 29a », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.) Zurich, Bâle, Genève, 1998-2004 (SEILER, *Commentaire ad art. 10 LPE / 29a LPE*)

SETBON Michel, « Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution », in : KOURILSKI Philippe, VINEY Geneviève, *Le principe de précaution : rapport au premier Ministre*, Paris, 2000, p. 387ss

SPRUMONT Dominique, RODUIT Guillaume, « Deux cents ans de législation sanitaire : l'exemple d'un canton suisse », *Ruptures, revue transdisciplinaire en santé*, vol. 10, n° 1, 2004, p. 6ss

STEINAUER Paul-Henri, « L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments a contrario, a simili et a fortiori », in : PERRIN Jean-François (éd.), *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, 1989, p. 41ss

STREINZ Rudolf, « The Precautionary Principle in Food Law », *EFLR*, 1998, vol. 8, n° 4, p. 413ss

TAKEI Naoki D., « Produktheftungsrisiken in Zeiten der Nanotechnologie », *Jusletter* 5 novembre 2007

TANQUEREL Thierry, « Le juge comme arbitre de l'intérêt public », in : KELLERHALS Jean, MANAI Dominique, ROTH Robert (éd.), *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002, p. 221ss

TINKER Catherine, « State Responsibility and the Precautionary Principle », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 53ss

TROUWBORST Arie, *Precautionary rights and Duties of States*, Leiden, Boston, 2006

TRÜEB Hans-Rudolf, « Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts : Haftpflicht, Lenkungsabgaben und Zusammenarbeit mit der Wirtschaft », *DEP*, 1996, p. 527ss (TRÜEB, *Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts*)

TRÜEB Hans-Rudolf, « Commentaire LPE ad art. 59a et ad art. 59b », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.), Zurich, 2004 (TRÜEB, *Commentaire ad art. 59a LPE / 59b LPE*)

TSCHANNEN Pierre, « Commentaire LPE ad art. 1 », in : *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Vereinigung für Umweltrecht, KELLER Helen (éd.), Zurich, Bâle, Genève, 1998-2004 (TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*)

TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Berne, 2007 (TSCHANNEN, *Staatsrecht*)

TSCHANNEN Pierre, ZIMMERLI Ulrich, MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^{ème} éd., Berne 2009

VAN DE KERCHOVE Michel, OST François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988

VAN GRIETHUYSEN Pascal, « Pour une approche évolutive de la précaution », in : HUNYADI Mark (dir.), *Les usages de la précaution*, Revue européenne des sciences sociales, Tome XLII, 2004, n° 130, p. 35ss (VAN GRIETHUYSEN, *Pour une approche évolutive de la précaution*)

VON MOLKTE Konrad, « The Relationship between Policy, Science, Technology, Economics and Law in the Implementation of the Precautionary Principle », in : FREESTONE David, HEY Ellen (éd.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Hague, Londres, Boston, 1996, p. 97ss

WALTER Hans Peter, « Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung », *recht*, 2003, n° 1, p. 2ss

WAGNER PFEIFER Beatrice, « Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung und rechtlicher Würdigung im Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen in revidierten USG über umweltgefährdende Organismen », *RDS*, NS 116, 1997, vol. 1, n° 5, p. 433ss (WAGNER PFEIFER, *Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung*)

WAGNER PFEIFER Beatrice, *Umweltrecht I*, 2^{ème} éd., Zurich, 2002 (WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*)

WEBER Rolf H., KLEMM Urs, BAUMGARTNER Tobias, GROLIMUND Nina, TRÜTEN Dirk, *Lebensmittelrecht EG - Schweiz*, Zurich, Bâle, Genève, 2006

WEBER Rolf H., VLCEK Michael, « "Vorsorgeprinzip" als Wegweiser im Lebensmittel- und Gesundheitsrecht », *Jusletter* 3 avril 2006

WEBER-DÜRLER Beatrice, « Rechtsgleichheit », in : THÜRER Daniel, AUBERT Jean-François, MÜLLER Jörg Paul (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 657ss

WESSNER Pierre, « Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques de développement », in : *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Genève, Munich, 2005, p. 449ss (WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*)

WESSNER Pierre, « Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une oeuvre inachevée », in : VINEY Geneviève, DUBUISSON Bernard (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge*, Bruxelles, Paris, 2006, p. 779ss (WESSNER, *Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse*)

WULLSCHLEGER Stephan, « Interessenabwägung im Umweltrecht », DEP 1995, p. 75ss

WYSS Martin Philipp, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit ? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne, 2001

Documents officiels

Seuls les documents non publiés sur Internet ainsi que les documents de l'Union européenne non publiés ni sur Internet, ni au Journal officiel sont mentionnés ici :

AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen, das Vorsorgeprinzip 1896-2000*, Berlin, 2004 (AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*)

Rapport VOYAME, *Arbeitsgruppe « Blut und Aids », Schlussbericht z.H. des Eidgenössischen Departements des Innern*, 31 janvier 1994 (*Rapport VOYAME*)

« Les Indiens Sioux disaient :

- Nous aimons cette terre comme le nouveau-né aime
le battement du cœur de sa mère »

Pascal QUIGNARD, *Les Paradisiaques*

Introduction. Le principe de précaution aujourd'hui, de la protection de l'environnement à la sauvegarde de la santé publique

Les implications de l'évolution scientifique et technique étant souvent incertaines, voire inconnues, le « train fou du progrès » amène dans son sillage une problématique désormais incontournable : celle de la prise de mesures de nature préventive lorsque – non plus seulement la survenue d'un dommage –, mais l'existence même d'un risque n'est pas avérée. Le principe de précaution impose la prise en compte de risques dont la réalité n'est pas établie : « Il n'est plus seulement question de prévenir des risques évaluable, calculable, assurable mais bien d'anticiper ceux qui relèvent de la possibilité, de l'éventualité, de la plausibilité, de la probabilité ».¹ Il légitime donc, ou même prescrit selon la gravité du risque ou la plausibilité des indices, l'action étatique en l'absence de certitude. Notre étude porte particulièrement sur l'ancrage juridique de la prévention des risques scientifiquement incertains pour la santé publique. On parle d'incertitude « scientifique » en relation avec le principe de précaution, parce que son champ d'application est généralement limité aux risques relevant des sciences naturelles ; il s'agit, par exemple, de la nocivité soupçonnée d'activités liées aux nanotechnologies, ou de la dangerosité potentielle de perturbateurs endocriniens contenus, entre autres, dans des cosmétiques, des plastifiants et des pesticides. Avec cette question en filigrane : la protection de la santé est-elle adéquatement garantie en présence de tels risques ?

D'emblée se demandera-t-on peut-être s'il est bien raisonnable de se focaliser sur les risques incertains, résultant pour la plupart des applications de l'évolution technologique, alors que les progrès de la science et de la technique amènent, par exemple en matière médicale, des gains importants – non seulement économiques –, mais aussi en terme de sécurité individuelle et collective. Faut-il en outre postuler la nécessité d'améliorer la protection de la santé alors que l'espérance de vie des habitants privilégiés de la planète terre s'est accrue de façon spectaculaire au cours du vingtième siècle ? Les pays occidentaux sont pour la plupart en paix, en cas de nécessité nos besoins vitaux sont en principe pris en charge par l'État, un coup de téléphone (toujours à portée de main) et la police ou l'ambulance est là. Si la mort demeure l'issue inéluctable de la condition humaine, les maux les plus répandus parmi les habitants de l'hémisphère Nord – alimentation bâclée, sédentarité, dépendances, accidents de la route –, paraissent évitables, ou tout au moins guérissables. Certes, l'ampleur que prennent notamment les maladies psychiques ou cardiovasculaires, l'obésité, certains types de cancers, le diabète ou l'infertilité noircit quelque peu le tableau, mais de là à penser que nous vivons dangereusement... Le choix de ce sujet d'étude participerait-il d'une angoisse exagérée, d'une surenchère sécuritaire ?

¹

DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 137

Pas sûr : tout d'abord, les autorités en charge de prévention sont confrontées davantage que par le passé à de nouvelles maladies, au début mal comprises ou difficilement prévisibles (pandémies de grippe, syndrome respiratoire aigu sévère, maladies à prions), et donc à la gestion de l'incertitude.² Ensuite, les avancées de la science et des techniques ont engendré leurs propres risques, en partie incertains, mais aux conséquences potentiellement graves pour la santé publique ; on pense, par exemple, à l'utilisation inadéquate d'antibiotiques, au recours massif à des produits pesticides en agriculture, ou aux résidus hormonaux dans les eaux usées. En matière de risques pour l'environnement ou la santé, les liens de causalité sont souvent difficiles à établir en raison de la complexité des phénomènes. Or on constate, à l'heure actuelle, une augmentation de la prévalence de maladies liées à la modernité, dont les causes ne sont pas entièrement élucidées, comme certains cancers en particulier chez l'adulte jeune, l'asthme ou l'autisme chez les enfants, l'obésité, le diabète, ou encore l'infertilité.³ Et pour peu que l'on considère les risques découlant des possibilités technologiques contemporaines (industrie chimique, surexploitation des ressources, nucléaire, modifications irréversibles de processus naturels), leur immense puissance de destruction dans le cadre d'une croissance incontrôlée qui s'accompagne déjà de l'extinction de nombreuses espèces végétales et animales, on commence à frémir. La tentation est grande d'opter pour un optimisme de principe (« l'optimisme de la panacée scientifique » comme masque de la réalité⁴), tant redresser la barre semble difficile en regard des mécanismes en jeu.

Face à ces nouveaux risques, il est pourtant des tentatives de faire preuve de sagesse et de mettre en place des garde-fous. Le principe de précaution, qui vise à empêcher que l'incertitude scientifique serve de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures préventives⁵, est l'une d'elles. S'il prescrit que l'État agisse parfois sans le filet de la certitude scientifique, il implique que nous détachions notre regard des intérêts immédiats pour prendre un peu de hauteur. S'il ne permet pas d'éviter tout risque ni d'apaiser toute inquiétude, il procède d'une volonté d'élargir le champ des intérêts pris en compte, ceux de l'environnement, de la population dans son ensemble, des générations futures. Il peut supposer des renoncements, c'est bien là le problème majeur ; mais il est une preuve que l'humain n'a pas perdu tout sens moral. Il est donc éminemment sympathique.

² OMS, Rapport sur la santé dans le monde 2007, *Un avenir plus sûr : la sécurité sanitaire mondiale du XXI^e siècle*, 2007, p. 2, 8, 24-25, 38-42 et 45-52, disponible sous <http://www.who.int/whr/2007/fr/index.html> (consulté le 20 avril 2010)

³ Cf. SCHETTLER, RAFFENSPRENGER, p. 65 ; LANDRIGAN, TRASANDE, p. 122 ; concernant l'infertilité, cf. OFSP, Factsheet *Infertilité. L'environnement menace-t-il la fertilité de l'être humain ?*, 24 octobre 2008, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/chemikalien/00238/05448/index.html?lang=fr> (consulté le 20 avril 2010)

⁴ MOOR, *De la règle de droit*, p. 178

⁵ Cf. principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée à Rio le 13 juin 1992, publiée à l'annexe 1 du *Rapport de la Conférence des Nations sur l'environnement et le développement*, doc. NU A/CONF.151/26 (Vol. 1), 1992

Né dans les années 1970 comme norme de droit de l'environnement, le principe de précaution a suscité des réticences qu'il importe d'aborder d'entrée de jeu, afin de les désamorcer ou de les intégrer dans notre réflexion. En premier lieu, les sceptiques ne manquent pas de souligner que la précaution pourrait empêcher une technologie prometteuse de se développer : les nanotechnologies, par exemple, suscitent à la fois de grands espoirs pour la médecine du futur et des craintes quant aux risques liés, entre autres, à l'inhalation de minuscules particules libérées. A cette réserve de principe, on peut opposer le fait qu'une restriction à l'exercice d'une activité ou à l'utilisation d'un produit implique plutôt, en réalité, une impulsion pour la science. En matière d'organismes génétiquement modifiés (OGM), l'interdiction, en Suisse, de la culture de telles plantes à des fins agricoles n'a pour l'instant pas entraîné la « fuite des cerveaux » annoncée, mais donne lieu à de vastes programmes de recherche.⁶ En outre, certaines innovations limitées en raison des risques qu'elles comportent peuvent être canalisées dans une autre direction : le frein au génie génétique dans l'agriculture n'a pas empêché son développement en matière de produits thérapeutiques. De telles limitations peuvent par ailleurs stimuler la recherche de technologies alternatives.⁷ Enfin et surtout, les philosophes de la précaution que nous évoquerons nous rappellent que lorsque les menaces sont telles que la santé, la vie ou même l'avenir de la planète sont en jeu, tout risque, même incertain, devrait être considéré comme inacceptable quelles que soient les promesses du progrès, l'enjeu excluant alors tout pari.

Un second effet pervers de la précaution peut être d'investir des moyens importants pour prévenir un risque surévalué, et cela aux dépens d'actions préventives réellement nécessaires. On pense à certaines mesures coûteuses imposées pour éviter la contamination humaine par la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob (vMCJ), liée à l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB)⁸, alors qu'aucun cas de contamination humaine par la vMCJ n'a été déclaré en Suisse, ou à l'achat par les autorités de vaccins contre la grippe A(H1N1) finalement peu utilisés. Cette objection, fondée, appelle une réponse nuancée. Il faut tout d'abord rappeler que la mise en œuvre du principe de précaution est accompagnée de celle du principe de la proportionnalité – ce qui n'exclut pas, mais limite les risques d'investissements financiers excessifs ou de restrictions démesurées. Par ailleurs, il est important que les erreurs hypothétiques concernant l'évaluation d'un risque ne remettent pas en cause le principe de précaution lui-même : le peu de visibilité des succès d'actions de précaution conduit sans doute à mésestimer l'importance de celles-ci, puisqu'un risque évité, pour autant que l'on puisse cerner les dommages auxquels on a échappé, est vite oublié. Rappelons, par exemple, qu'une catastrophe sanitaire majeure due à l'ESB a pu être évitée grâce à l'intervention énergique (quoique tardive) des pouvoirs publics, malgré l'incertitude qui prévalait quant à la dangerosité de la maladie pour l'être humain.⁹ Le principe de précaution vise en effet précisément à contrer le déséquilibre entre l'incertitude quant à la nécessité de

⁶ Cf. LE TEMPS du 15 mai 2008, éditorial et p. 8 ; également le Message du 1^{er} juillet 2009 relatif à la modification de la loi sur le génie génétique (FF 2009 30 4887), p. 4898 et 4907-4908

⁷ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 214

⁸ Voir par exemple l'ordonnance sur la prévention de la maladie de Creutzfeldt-Jakob lors des interventions médico-chirurgicales (RS 818.101.21)

⁹ Sur l'affaire de la « vache folle », cf. ch. 6, pt. 6.1.1.C

la mesure et la certitude de ce qu'elle va coûter immédiatement¹⁰, asymétrie qui ne doit pas impliquer une prépondérance systématique des arguments économiques dans la pesée des intérêts.

On peut également répondre à cette critique que la prise ou non de mesures de précaution implique généralement une décision politique, aux mains du gouvernement et de l'administration, donc un choix dont les auteurs auront à rendre des comptes. D'où, certes, un possible effet de mode. Les risques subis, par exemple, sont socialement moins bien acceptés que les risques choisis, ce qui pose le problème de l'ambiguïté de la notion de risque accepté : dans quelle mesure choisit-on d'être fumeur, alcoolique, toxicomane, foncièrement déraisonnable dans ses habitudes alimentaires ou impliqué dans un accident de la route ? Le principe de précaution ne donne pas de réponse à cette question ; il ne donne pas non plus de solution toute faite face aux risques, à leur nécessaire hiérarchisation. Il est seulement un moyen de faire face à l'incertitude, de l'intégrer dans la prise de décision.¹¹ La dimension politique du principe de précaution, le pouvoir d'appréciation et la pesée des intérêts qu'il requiert lui sont intrinsèques, la complexité du monde contemporain appelant des réponses souples en fonction des choix sociétaux. Demeure l'imprévisibilité quant aux résultats de sa mise en œuvre, souvent incontournable elle aussi car liée à l'incertitude scientifique, ainsi que divers moyens, tels que l'impératif de transparence, l'élargissement de la participation à la procédure administrative ou de l'accès à la justice, permettant de prévenir l'arbitraire des actions étatiques. Alors que les analyses rétrospectives ne font état d'aucuns regrets quant à la mise en œuvre du principe de précaution pour protéger l'environnement¹², en matière de santé publique, l'exemple récent de la gestion étatique de la grippe A(H1N1) appelle à mieux évaluer les risques lorsqu'une telle situation de crise sanitaire menace. Cette réserve ne doit cependant pas occulter le fait que de graves atteintes à la santé peuvent résulter de l'absence de volonté de mettre en œuvre le principe de précaution lorsqu'il s'oppose à des intérêts économiques particuliers, nous l'illustrerons entre autres par l'affaire de l'amiante.¹³

Une autre limite du principe de précaution apparaît dans le constat inéluctable que certains risques ne peuvent pas être évités¹⁴ : le principe de précaution n'est pas une règle d'abstention absolue et ne s'applique pas à chaque risque hypothétique pour l'environnement ou la santé, mais à ceux qui sont jugés inacceptables et seulement, bien sûr, s'ils sont décelés à temps. Par ailleurs, l'objectif utopique d'éviter tout risque provoquerait la paralysie de nombreuses activités.¹⁵ Si le principe de précaution ne prémunit donc pas contre toutes les atteintes, ni contre les fausses alertes et les mauvaises allocations de ressources, il peut permettre d'éviter que des mesures de

¹⁰ Cf. NOIVILLE, *Principe de précaution et gestion des risques*, p. 45

¹¹ Cf. GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 116

¹² Cf. ch. 1, pt. 1.1.4

¹³ Cf. ch. 6, pt. 6.1.1.A

¹⁴ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 114-115 et 200 ; cf. également, à propos du risque zéro, ch. 1, pt. 1.1.2

¹⁵ Cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 226

protection soient retardées et empêcher certains dommages inacceptables de se produire, ou tout au moins en réduire l'ampleur.

Le principe de précaution est une notion très médiatisée, dont le contenu juridique a été déterminé à de nombreuses reprises. Pourquoi y revenir encore ? Tout d'abord, parce que ces publications concernent rarement le droit suisse. Ainsi, dans notre ordre juridique, le principe de précaution est parfois invoqué en matière de santé publique sans avoir fait, à ce jour, l'objet d'analyses approfondies spécifiques ; le Tribunal fédéral a d'ailleurs laissé ouverte la question de son champ d'application.¹⁶ Or, depuis plusieurs décennies, le principe de précaution s'étend et se renforce.¹⁷ Tant au niveau international – au sein de l'Organisation mondiale de la santé notamment –, qu'au sein de l'Union européenne, il est affirmé qu'il s'applique à la protection de la santé, puisque les risques liés au développement technologique menacent indistinctement l'être humain et l'environnement. L'étude du principe de précaution en Suisse, indissociable du survol de la situation en droit international et en droit de l'Union européenne en raison de la chronologie de l'introduction du principe ainsi que de l'ascendant de ces ordres juridiques sur notre droit, semble dès lors ouvrir des perspectives intéressantes.

La dernière remarque préliminaire a trait à l'objet de notre étude et au plan que nous allons suivre. Nous étudierons l'extension du champ d'application du principe de précaution, du droit de l'environnement à la protection de la santé, et tenterons de découvrir s'il est judicieux, en matière de santé publique, d'appréhender l'incertitude scientifique à l'aide du principe de précaution. Nous commencerons, dans une première partie, par poser les fondements de notre travail : nous évoquerons le contexte sociologique et philosophique de l'émergence du principe de précaution, clarifierons les notions clés, et présenterons l'essence et les implications du principe telles que décrites par la doctrine. Dans une seconde partie, nous nous attacherons à percevoir la réalité de l'extension du champ d'application du principe de précaution en décrivant l'état du droit à cet égard. Nous débiterons par l'étude du principe en droit de l'environnement, où nous aborderons la problématique, liée à sa mise en œuvre, de l'accès des particuliers à la justice. Nous poursuivrons par sa consécration jurisprudentielle et textuelle en matière de santé publique, occasion d'analyser les raisonnements des juges et de dénicher les démarches implicites de précaution. Ensuite, dans une troisième partie, nous nous efforcerons de répondre à la question suivante : est-il vraiment nécessaire et adéquat de recourir au principe de précaution dans le but de protéger la santé ? Nous évaluerons notre réponse à l'aune de la jurisprudence suisse concernant la mise sur le marché de produits thérapeutiques, et esquisserons les relations entre le principe de précaution et certains principes fondamentaux qui guident l'activité de l'État. L'ultime partie sera dédiée à la concrétisation du principe dans les ordres juridiques abordés. Nous appuyant sur l'apport du droit international et du droit de l'Union européenne, nous proposerons une formulation du principe de précaution ainsi que des aménagements de la législation relative à la protection de la santé, de telle sorte que la prévention des risques incertains y soit adéquatement réglementée.

¹⁶ ATF 132 II 305, cons. 4.3

¹⁷ EWALD, *Philosophie politique*, p. 23

PARTIE I. FONDEMENTS

Pour mieux comprendre le principe de précaution et sa nécessité, il faut tout d'abord cerner les circonstances de son émergence : quelles sont les menaces potentielles qui expliquent le succès de ce principe en droit de l'environnement et son essor en matière de santé publique ? Que disent les sociologues du risque, et les philosophes, de la précaution ? Qu'en pensent les scientifiques eux-mêmes ? Après avoir abordé ces thèmes, de manière forcément approximative puisque nous nous trouvons dans des domaines pour nous étrangers, nous nous efforcerons de faire une synthèse du contenu et de dépeindre le contexte juridique du principe de précaution. Nous allons ainsi nous attacher, dans le second chapitre, à la signification de termes clés : le risque incertain, la distinction entre précaution, prévention et prudence, ainsi que la notion de santé publique. Quant à l'approfondissement du concept de principe juridique, il devrait nous permettre d'évaluer par la suite les incidences du recours à un principe – par opposition à une démarche – de précaution dans la prévention des risques scientifiquement incertains. L'ultime chapitre de cette première partie sera consacré à la présentation de l'essence et des implications du principe de précaution, telles que décrites par une doctrine abondante, afin de saisir ce qui en fait un « nouveau paradigme juridique ». Dans les étapes ultérieures, notre ambition sera d'approcher la réalité et d'analyser le cheminement de l'invocation du principe de précaution en matière de santé publique ; nous évaluerons en outre la pertinence de l'extension de son champ d'application. Il s'agit, dans cette première partie, d'en poser les prémisses.

Chapitre 1. Contexte sociologique et philosophique de l'émergence du principe de précaution

« Le principe de précaution ne vient pas de la planète Mars » écrit Olivier GODARD.¹ Nous allons, dans ce chapitre, nous distancer du champ juridique pour tenter de comprendre à la faveur de quelles ombres de la modernité le principe de précaution a émergé, et quelles sont les raisons de l'adhésion qu'il suscite dans les différents domaines du droit confrontés à des situations d'incertitude scientifique. Le principe de précaution est invoqué avant tout pour protéger l'environnement et la santé, menacés désormais par de nouveaux risques engendrés par la technique moderne et complexe, les risques technologiques. Nous dépeindrons, dans un premier temps, ces nouveaux risques et comment ils sont perçus dans la « société du risque ». Puis, les réflexions philosophiques dont nous rendrons compte souligneront en particulier la nécessité – tout autant d'ailleurs que l'insuffisance – du principe de précaution, ainsi que la difficulté à le mettre en œuvre lorsque règne l'impératif de croissance.

¹

GODARD, *Le principe de précaution face au dilemme*, p. 32

1.1. La société du risque et de l'incertitude

Si l'on tente d'analyser notre époque et notre passé proche, on peut situer l'émergence du principe de précaution dans un contexte marqué par l'apparition des risques technologiques et par la prise de conscience, suite à des catastrophes écologiques, de la fragilité de la planète. Une nouvelle perception des risques a été mise en évidence par des sociologues et politologues ; nous évoquerons certaines de leurs hypothèses à propos du risque comme élément central de notre organisation sociale. Nous mentionnerons également comment l'autorité de la science se voit relativisée, mouvance où s'inscrit le principe de précaution.

1.1.1. Les nouveaux risques écologiques et sanitaires

Depuis toujours, l'homme a été confronté au péril des catastrophes naturelles que le progrès scientifique lui a permis de vaincre en partie, notamment les famines et la plupart des épidémies les plus graves dans les pays industrialisés.² Les avancées de la science et de la technique ont cependant amené leurs propres menaces à grande échelle, mettant en danger de larges collectivités ; ce sont les désastres du progrès.³ Ulrich BECK les assimile à un royaume des ombres, « comparable à celui des dieux et démons de la préhistoire, un royaume des ombres qui se cache derrière le monde visible et menace la vie sur cette terre ».⁴

Le risque technologique contemporain a atteint un degré de gravité jusqu'alors inégalé, en raison de l'ampleur des phénomènes, de leur durée ou de la nature des dangers encourus, menaçant non plus seulement les vivants mais aussi leurs descendants.⁵ Le passé proche est entaché de désastres du progrès ; nous allons mentionner quelques exemples des trois dernières décennies. Au début des années 1980, les contaminations de sang et de produits sanguins par le VIH touchèrent, en Europe notamment, des milliers de personnes hémophiles et transfusées, phénomène accentué par la technique du *pooling* (mélange) du sang des donneurs.⁶ En 1984, des fuites d'une usine de pesticides à Bhopal, en Inde, causèrent près de 3'000 morts et 50'000 blessés immédiatement après l'accident ; au moins 15'000 personnes périrent ultérieurement⁷ (25'000 selon les défenseurs des victimes). Le gouvernement indien estime que 100'000 personnes sont actuellement affectées de maladies chroniques suite à la tragédie, alors que des enfants souffrent de graves malformations.⁸ En 1985, on observa un « trou d'ozone » au-dessus de l'Antarctique ; des diminutions de l'ozone stratosphérique (qui protège notamment la peau du rayonnement solaire) furent par la suite mesurées

² LAGADEC, p. 15 et 62

³ Selon l'expression de Paul VIRILIO, *L'accident originel*, Paris, 2005

⁴ BECK, p. 132

⁵ Cf. LAGADEC, p. 16

⁶ Sur l'affaire du sang contaminé en France, cf. SETBON, p. 387ss ; HERMITTE, *Le principe de précaution*, p. 179ss ; en Suisse, selon le *rapport VOYAME* (p. 1-2), les contaminations de produits sanguins par le VIH touchèrent pour le moins 67 personnes hémophiles ; la centrale d'annonce du Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge suisse ne répertorie les contaminations du sang par des agents pathogènes transmissibles que depuis 1996, de sorte que des chiffres relatifs aux transmissions transfusionnelles du VIH dans les années 1980 ne sont pas disponibles

⁷ OMS, *Rapport sur la santé dans le monde 2007* (cf. p. 4, note 2), p. 29

⁸ LE TEMPS du 8 juin 2010, p. 4

également sous nos latitudes, phénomène résultant principalement de l'émission de chlorofluorocarbures dans l'atmosphère.⁹ L'année 1986 a été marquée par l'accident nucléaire de Tchernobyl, en Ukraine¹⁰, ainsi que par l'incendie d'un dépôt de produits chimiques de l'usine Sandoz à Bâle (Schweizerhalle), décimant une partie de la faune et de la flore du Rhin¹¹, alors que la maladie de la « vache folle » commençait à s'étendre en Grande-Bretagne, nous en reparlerons.¹² Quant au réchauffement climatique, dû principalement aux émissions de CO₂ et observé depuis plus de 25 ans, à la déforestation galopante, à la pollution des eaux ou à la perte de la diversité biologique, ils constituent une menace grave pour de nombreuses espèces animales ainsi que pour les générations futures.¹³ L'affaire de l'amiante est un autre désastre du progrès, dont on prit pleinement mesure depuis le milieu des années 1980 lorsqu'il apparut que les effets cancérogènes du matériau ne concernent pas seulement les travailleurs de l'industrie et les utilisateurs, mais aussi ceux qui sont exposés à de faibles doses, à l'intérieur des bâtiments.¹⁴ L'Union européenne estime que l'amiante causera plusieurs centaines de milliers de décès ces prochaines décennies¹⁵, nous examinerons cette affaire plus en détail par la suite.¹⁶ On peut mentionner encore, parmi beaucoup d'incidents majeurs, l'explosion d'une usine de produits chimiques à Toulouse en 2001 (30 morts, plus de 2'500 blessés), celle d'un dépôt de munitions à Lagos, au Nigéria, en 2002 (mille morts), les émanations de déchets toxiques à Abidjan, en Côte d'Ivoire, en 2006 (10 morts et plus de 100'000 blessés)¹⁷, ainsi que d'immenses marées noires (Amoco Cadiz en 1978, Gino en 1979, Tanio en 1980, Amazzone en 1988, Exxon Valdez en 1989, Lyria en 1991, Sea Express en 1996, Nadhodka en 1997, Erika en 1999, Baltic Carrier en 2001, Prestige en 2002, Deepwater Horizon en 2010, pour ne citer que quelques-unes d'entre elles¹⁸), dont la récurrence laisse songeur.¹⁹ Sans s'appesantir sur le désastre ultime, celui qui anéantirait l'humanité dans son ensemble, tel un conflit atomique

⁹ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 87-95 ; cf. également le *Rapport d'état Couche d'ozone* de l'office fédéral de l'environnement (mis à jour le 8 janvier 2010), disponible sous <http://www.bafu.admin.ch/umwelt/status/03997/index.html?lang=fr> (consulté le 30 avril 2010)

¹⁰ Cf. le rapport de l'OMS *Effets sanitaires de l'accident de Tchernobyl*, Genève, Aide-mémoire 303, 2006, disponible sous <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs303/fr/index.html> (consulté le 23 avril 2010)

¹¹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Catastrophe_de_Schweizerhalle (consulté le 8 juin 2010)

¹² Ch. 6, pt. 6.1.1.C

¹³ Cf. par ex. le site Internet du WWF suisse, <http://www.wwf.ch/fr/lewwf/> (consulté le 30 avril 2010)

¹⁴ Cf. HENRY, p. 16-17

¹⁵ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 59

¹⁶ Ch. 6, pt. 6.1.1.A

¹⁷ OMS, *Rapport sur la santé dans le monde 2007* (cf. p. 4, note 2), p. 28

¹⁸ Concernant les pollutions marines accidentelles : site Internet du Centre français de Documentation, de Recherche et d'Expérimentation sur les Pollutions Accidentelles des Eaux, <http://www.cedre.fr/fr/accident/pollution-accidentelle.php> (consulté le 30 avril 2010)

¹⁹ D'autres catastrophes écologiques et sanitaires qui se sont produites au XX^{ème} siècle sont mentionnées dans le rapport de l'AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen* ; cf. également OMS, *Rapport sur la santé dans le monde 2007* (cf. p. 4, note 2), p. 28

planétaire (nullement exclu), on pense à ce qui se passe aujourd'hui pour de nombreuses formes de vie terrestre : une mort lente par empoisonnement, par disparition des ressources ou de l'espace vital.

Au-delà des dangers connus, il y a les menaces sourdes que le développement de la science et de la technique fait peser sur le futur, en engendrant des nouveaux risques que nous redoutons sans bien les connaître et qui nous intéressent particulièrement, puisque c'est à eux que s'applique le principe de précaution. On peut mentionner, sans viser l'exhaustivité, l'essor des biotechnologies (la diffusion des organismes génétiquement modifiés, les thérapies géniques), la pollution atmosphérique, des sols et de l'eau suite au développement de l'industrie chimique, les champs électromagnétiques, les déchets nucléaires, les nanotechnologies : « le nombre de risques dus à l'environnement créé est absolument effrayant ».²⁰ Les nanotechnologies (étude et traitement de la matière à l'échelle atomique, moléculaire et macromoléculaire), par exemple, permettent de nombreuses applications industrielles et techniques. Elles sont déjà utilisées alors que les connaissances relatives aux effets potentiellement dommageables pour l'homme et l'environnement sont lacunaires et que la législation sur la protection des consommateurs, des travailleurs et de l'environnement n'y est pas adaptée ; certains effets cancérogènes font partie des risques soupçonnés.²¹ Quant à l'utilisation de plantes génétiquement modifiées de telle sorte qu'elles résistent à des herbicides, notamment, cette pratique est susceptible de favoriser la transmission de gènes de résistance aux mauvaises herbes et aux parents sauvages, impliquant à terme le recours à d'autres herbicides et l'apparition de multirésistances. La transmission naturelle de gènes – verticale ou horizontale – est un fait avéré, mais de nombreuses questions restent ouvertes concernant l'étendue des conséquences dommageables à long terme de l'utilisation des OGM dans l'agriculture.²² Par ailleurs, certains scientifiques de renom mettent en question la validité des preuves relatives à l'innocuité de la consommation d'OGM pour la santé : les risques sanitaires potentiels les plus évoqués actuellement sont les allergies et une résistance accrue aux antibiotiques, alors que certains effets adverses chez les animaux sont désormais connus malgré la plus grande discrétion des fabricants à ce propos.²³

En sus des nouveaux risques identifiés quoique mal définis, on constate certains dommages à l'homme ou à l'environnement dont l'origine est peu claire, qui nourrissent l'inquiétude ambiante.²⁴ Ainsi, concernant la disparition massive d'abeilles, ces dernières années, on a évoqué l'utilisation de pesticides, la prolifération de champs électromagnétiques puissants, certaines maladies ou parasites. À l'heure actuelle, les soupçons se concentrent sur certains pesticides et sur des acariens résistants aux

²⁰ GIDDENS, p. 134 ; également VAN GRIETHUYSEN, p. 52-53

²¹ Cf. OFSP, Factsheet *Nanotechnologies – chances et risques pour les consommateurs*, 16 avril 2008, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/chemikalien/00228/00510/index.html?lang=fr> (consulté le 20 avril 2010)

²² Sur la problématique des OGM dans l'agriculture : HERMITTE, *Questions*, p. 42 ; GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 523-526 ; également l'enquête de Marie-Monique ROBIN, *Le monde selon Monsanto. De la Dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, p. 145ss

²³ DUFOUR, p. 299-300 et 304 ; ROBIN, p. 164-173 et 194-203

²⁴ CHRISTOFOROU, p. 208

acaricides, ou sur la conjonction de l'ensemble des facteurs de suspicion évoqués.²⁵ De même, certaines perturbations du système hormonal, tant chez les animaux sauvages (diminution de la fécondité) que chez l'être humain (augmentation des cas d'infertilité et de l'incidence de certains cancers – sein et testicules –, notamment), sont attribuées par hypothèse à l'utilisation de produits insecticides, fongicides et autres herbicides dans l'agriculture, de plastifiants ou de crèmes solaires contenant des perturbateurs endocriniens.²⁶

Ces risques incertains ne sont pas le fruit de l'imagination : des indices probants font planer sur le futur des menaces encore mal définies. S'il n'y a pas de consensus sur leur ampleur, leur gravité, parfois même sur leur vraisemblance, les dommages potentiels apparaissent souvent considérables, voire irréversibles. Or, en écho à l'envergure inégalée des risques contemporains, il y a depuis quelques décennies une sensibilité accrue de la société aux désastres environnementaux et à la maîtrise défaillante de leurs effets. Le droit de l'environnement s'est développé à la faveur de cette prise de conscience.²⁷ Il est apparu que la gravité, l'irréversibilité des risques encourus ne permettent plus une attitude consistant à apprendre de ses erreurs et à réparer les dommages causés : la prévention des risques et le cas échéant la précaution, quoique faillibles, sont primordiales, même si parfois il est déjà trop tard.²⁸ L'émergence et le succès du principe de précaution en témoignent.

Les exemples mentionnés nous montrent par ailleurs que certains développements technologiques constituent un danger tant pour l'environnement que pour la santé publique ; tous deux forment dès lors le champ d'application privilégié du principe de précaution. La santé est médiatement menacée lorsque le dommage touche tout d'abord l'environnement naturel, par exemple en cas de pollution de l'air, des sols ou de l'eau susceptible d'avoir des effets néfastes pour l'être humain. Inversement, elle est directement menacée par exemple par une zoonose transmissible par xénotransplantation ; de tels risques ne sont pas appréhendés par le droit de l'environnement, mais par des réglementations visant uniquement la protection de la santé. Nous reviendrons plus loin sur les liens entre ces deux domaines du droit.²⁹

²⁵ Cf. STATION DE RECHERCHE AGROSCOPE LIEBEFELD POSIEUX (ALP), *La recherche à la rescousse des abeilles*, 31 mars 2009, disponible sous <http://www.agroscope.admin.ch/aktuell/00020/index.html?lang=fr&msg-id=26155> (consulté 20 avril 2010)

²⁶ Cf. OFSP, fiche d'informations *Perturbateurs endocriniens*, 24 juin 2008, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/chemikalien/00228/05072/index.html?lang=fr> (consulté le 20 avril 2010)

²⁷ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 20 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 72 ; sur la naissance et l'évolution de la conscience écologiste, DUPONT, p. 7-21, et DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 39-49

²⁸ LAGADEC, p. 102-110 ; TROUWBORST, p. 38, mentionne différents phénomènes dus à l'absence de prévoyance et de précaution qui ont causé des dommages irréversibles à l'environnement : « although in many cases it may be too late, even for time, to cure the damage done, it is never too late to learn. The rise of the precautionary principle in international law that took place during the last two decades is testimony of this. Better late than never. »

²⁹ Ch. 6, pt. 6.2.2

1.1.2. La société du risque et l'acceptabilité sociale des risques

La confiance envers le progrès scientifique a été ébranlée par des catastrophes industrielles, dont nous avons cité quelques exemples, et par la prise de conscience de la démesure des risques encourus, en particulier dans le domaine du nucléaire. L'apparition de nouveaux risques technologiques, soupçonnés et controversés, engendre désormais une angoisse diffuse ; aujourd'hui, le sentiment prédomine que notre monde est plus dangereux qu'autrefois.³⁰ C'est ainsi que l'on en vient à revendiquer un « risque zéro », c'est à dire « une subordination inconditionnelle des considérations économiques à l'objectif de sécurité ».³¹ Cette position est parfois suivie lorsqu'un risque est jugé inacceptable³² ; elle n'est utopique que dans la mesure où toute innovation scientifique comporte une part d'inconnu.³³

Ulrich BECK a qualifié notre société contemporaine de « société du risque » en raison des nouvelles menaces auxquelles nous sommes confrontés, comme celles induites par le nucléaire ou les diverses sources de pollution.³⁴ Notre société a cela de spécifique qu'elle produit elle-même les risques qui la menacent : elle est « confrontée à elle-même ».³⁵ Ces nouveaux risques, d'une grande puissance de destruction, d'ampleur planétaire et de caractère global (ils menacent toute vie terrestre), résultent des conséquences incontrôlées du développement de la science et de la technique ainsi que de la surproduction industrielle, et suscitent une critique croissante de la modernité.³⁶ Nous ne pouvons les ignorer puisque nous ne pouvons les tenir à distance, y échapper.³⁷ Cet auteur met en outre en lumière le fait que ces risques, puisqu'ils sont souvent incertains, se situent dans le domaine de la connaissance que l'on en a, ou que d'autres personnes en ont, et peuvent être « transformés, réduits ou augmentés, dramatisés ou banalisés par la connaissance »³⁸ – ou, pourrait-on dire, par la pseudo connaissance biaisée par les intérêts particuliers. Ulrich BECK relève par ailleurs que le développement industriel incontrôlé implique des risques qui sont eux-mêmes sujets à exploitation économique et eux-mêmes source de risques (pensons aux agrocarburants). Ils sont « un réservoir de besoins sans fond, insatiable, éternel, qui s'autoproduit »³⁹, ainsi qu'un facteur de croissance économique, le système industriel profitant des abus qu'il engendre.⁴⁰

³⁰ Sur le tout, LE BRETON, p. 27-31 ; selon AUDÉTAT, p. 97, la question de savoir si l'époque contemporaine est plus sûre qu'avant est controversée

³¹ LEMIEUX, BARTHE, p. 16

³² CHRISTOFOROU, p. 217-218 ; cf. ch. 8, pt. 8.1.2

³³ Cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 226 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 71

³⁴ BECK, p. 147

³⁵ Idem, p. 399

³⁶ Idem, p. 35-41 et 341

³⁷ Idem, p. 13-14 et 74-75

³⁸ Idem, p. 41 et 96

³⁹ Idem, p. 42

⁴⁰ Idem, p. 101-103

Selon Patrick LAGADEC, qui a focalisé son analyse sur les risques industriels, nous sommes entrés dans la « civilisation du risque » : une menace industrielle nouvelle, potentiellement gravissime, est là, « entourée du brouillard épais de l'incertitude ».⁴¹ Patrick LAGADEC constate, comme Ulrich BECK, que cette situation exige un changement dans la façon de gouverner. À l'effort de lucidité doit répondre un réaménagement de la démocratie qui permette au citoyen de participer aux choix collectifs concernant les risques auxquels il est exposé.⁴² C'est le but que visent les forums participatifs que nous évoquerons au chapitre 3. D'autres auteurs sont d'avis qu'il serait plus précis d'évoquer une « culture du risque », plutôt qu'une société ou une civilisation du risque, parce que nos sociétés ne sont pas forcément plus dangereuses qu'auparavant : c'est plutôt notre rapport au danger qui s'est modifié.⁴³ Quant à Anthony GIDDENS, il remarque lui aussi que le « revers de la modernité » est la puissance de destruction qui caractérise nos sociétés industrialisées. D'après lui, aucun individu ou groupe particulier n'est responsable des risques terrifiants qui planent sur nous, et personne ne peut être tenu d'arranger les choses.⁴⁴ Cette opinion est sujette à critique : selon certains auteurs, comme Robert CASTEL, la dimension sociale et politique de la prolifération des nouveaux risques est éludée, ceux-ci étant plutôt la conséquence de choix économiques et politiques dont il faut établir les responsabilités. En effet, beaucoup de ces menaces sont « comme un effet boomerang sur les équilibres naturels d'un productivisme effréné et d'une exploitation sauvage des ressources de la planète ».⁴⁵

Ces auteurs démontrent notamment le fait que les risques actuels – et c'est un fait (relativement) nouveau –, ont bien souvent pour origine une activité humaine, qui plus est légale. Ils relèvent également qu'en raison de son omniprésence, le risque est devenu l'une des questions centrales du fonctionnement social.⁴⁶ Ainsi, l'organisation des sociétés occidentales viserait à éradiquer tout danger susceptible de nuire à ses membres.⁴⁷ Nous nous demandons si elle ne vise pas plutôt avant tout à éradiquer tout danger susceptible de nuire au développement économique. Le principe de précaution, en effet, qui permet de « réduire le délai d'adaptation du droit à la connaissance scientifique »⁴⁸, malgré le nombre de publications qu'il inspire, peine à se traduire dans les choix politiques.⁴⁹ Pour le politologue Marc AUDÉTAT, la « société du risque » caractérise notre société plutôt par l'augmentation des controverses sociales et techniques. Les risques se présentent désormais comme « des points critiques où se négocie le développement économique et social » ; cela entraîne différents changements sociétaux, comme le rôle croissant des médias, l'émergence de nouveaux acteurs

41 LAGADEC, p. 221

42 Idem, p. 213-214, 216-219 et 222-223 ; BECK, p. 471-493

43 PERETTI-WATEL, p. 19

44 GIDDENS, p. 16-17 et 138

45 CASTEL, p. 61-62

46 AUBY, p. 351

47 LE BRETON, p. 25

48 CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 67

49 AUDÉTAT, p. 94

politiques (par exemple les partis écologistes) et la réforme des procédures de décision.⁵⁰

Cet aperçu concernant le risque et la société doit être complété par le constat que le risque est une construction sociale : chaque culture, époque, classe sociale a ses propres craintes⁵¹, ce qui ne signifie bien évidemment pas que celles-ci soient infondées. En outre, la perception de la gravité des risques encourus est, en partie tout au moins, subjective, étant aussi liée aux imaginaires induits et aux sens et valeurs liés à certains événements ou certaines pratiques.⁵² L'acceptabilité sociale des risques est favorisée par leur prise en charge par la communauté (mesures de prévention, assurances), par le fait qu'ils résultent d'un choix individuel et qu'ils sont identifiables pour les victimes potentielles.⁵³ Un exemple évident : on dénombre chaque année en Suisse plusieurs centaines de morts et plusieurs milliers de blessés graves dans des accidents de la circulation⁵⁴, chiffres qui paraissent admis comme inévitables. Ce sont des risques socialement acceptés car ils sont assumés, même si le piéton ou le cycliste tué par une voiture ne choisit pas en principe son destin. Par contre, la maladie de la « vache folle » a suscité des mesures énergiques, finalement efficaces : l'épizootie a été éradiquée sans faire, semble-t-il, de victimes humaines en Suisse.

Cet exemple illustre la notion de « risque acceptable », qui pose le problème de savoir par qui il est accepté.⁵⁵ Dans leur ouvrage intitulé *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, Guido CALABRESI et Philipp BOBBITT étudient comment certaines décisions sont prises lorsque des valeurs socio-culturelles fondamentales sont en conflit, et comment les sociétés sont définies par ces choix. Ils constatent qu'il n'y a pas de méthode qui vaille de façon générale, car le meilleur choix possible dépend de la situation particulière, ainsi que des valeurs et normes sociales qui prévalent à un moment donné.⁵⁶ Lorsque les sociétés sont confrontées à de telles situations, elles doivent s'efforcer de trancher « *in ways that preserve the moral foundations of social collaboration* ». ⁵⁷ Selon Christine NOIVILLE également, le risque acceptable ne peut être défini de façon générale, car il résulte d'un jugement, de l'évaluation du risque lui-même, et d'une pondération entre différents intérêts en cause.⁵⁸ Ainsi, on ne peut pas juger qu'un risque est acceptable en se fondant exclusivement sur la science et la technique, ou en se fondant uniquement sur l'opinion publique. Le risque acceptable du point de vue de l'ensemble de la population serait bien plus un risque choisi, c'est-à-dire un risque pris par des institutions fiables, selon

⁵⁰ Idem, p. 98

⁵¹ LE BRETON, p. 26-27

⁵² Idem, p. 31

⁵³ AUDÉTAT, p. 94-95

⁵⁴ Selon le Bureau de prévention des accidents,
<http://www.bfu.ch/French/strassenverkehr/Pages/default.aspx> (consulté le 23 avril 2010)

⁵⁵ LAGADEC, p. 174

⁵⁶ CALABRESI, BOBBITT, p. 149-191 ; cf. COLEMAN, HOLAHAN, p. 1380

⁵⁷ CALABRESI, BOBBITT, p. 18

⁵⁸ NOIVILLE, *Qu'est-ce qu'un risque acceptable ?*, p. 284 ; dans le même sens AUDÉTAT, p. 106

des critères de décisions transparents qui permettent la discussion, le débat et le contrôle, par opposition au risque subi, imposé de manière arbitraire et opaque.⁵⁹ Ce qui nous ramène aux thèmes de la participation des particuliers aux choix concernant les risques et du contrôle judiciaire des décisions administratives en la matière, sur lesquels nous reviendrons.⁶⁰

1.1.3. L'incertitude de la science et l'ambivalence de ses applications

Nous avons de nos jours conscience du « caractère imparfait des connaissances du scientifique », donc de la relativité de certaines « vérités » scientifiques – autrement dit de l'incertitude de la science.⁶¹ Thomas KUHN notamment a développé l'idée, dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques* paru aux États-Unis en 1962, que les connaissances scientifiques se fondent sur des paradigmes (théories scientifiques consacrées), sur un certain état du savoir de durée plus ou moins limitée. Selon lui, si l'activité scientifique consiste souvent à accumuler des connaissances relatives au même paradigme, la science progresse en réalité plutôt par révolutions successives, petites ou grandes, fruit de découvertes inattendues, de crises, de nouvelles théories, de controverses et de conflits.⁶² Or le principe de précaution ne renvoie pas à cette relativité toute générale des connaissances, car tant qu'elle est perçue dans un certain domaine comme valide, la science produit tout de même des savoirs de référence admis par la communauté scientifique.⁶³ Il implique cependant bien la reconnaissance que l'incertitude et l'ignorance font partie de la science, ainsi que le renoncement à la chimère de disposer d'informations complètes avant d'agir, puisqu'il enjoint de se saisir d'un problème sur lequel il n'y a pas de savoir de référence, en raison de controverses ou de l'absence de données.⁶⁴

Par ailleurs, nous avons évoqué les risques liés au développement technologique.⁶⁵ Les menaces pour l'environnement sont souvent « imprégnées d'incertitude » en raison de la complexité et de la globalité des phénomènes en cause, ainsi que des décalages temporels entre évolution technologique et perturbation des cycles naturels.⁶⁶ Il en va de même en matière de santé publique, du fait de la multiplicité des facteurs en cause : doses de produit nocif, durée d'exposition, vulnérabilité individuelle, par exemple.⁶⁷ Certaines crises sanitaires, telles que celles du sang contaminé par le virus du SIDA, de l'amiante ou de la « vache folle », ont révélé l'insuffisance de notre maîtrise des risques pour la santé que présentent certaines technologies. Il s'impose dès lors, comme l'exprime Ulrich BECK, d'installer « *un volant et des freins* dans ce "bolide sans

⁵⁹ NOIVILLE, *Qu'est-ce qu'un risque acceptable ?*, p. 283

⁶⁰ Ch. 3, pts. 3.1.4 et 3.2.2, ch. 7, pt. 7.4.2, et ch. 8, pt. 8.1.4

⁶¹ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 66-68 ; EWALD, *Philosophie*, p. 403 et 408 ; PAPAUX, p. 156-157 ; GOSSEMENT, p. 137-139

⁶² KUHN, p. 18-25 et 82-156

⁶³ EWALD, *Philosophie*, p. 401

⁶⁴ VAN GRIETHUYSEN, p. 63 et 66

⁶⁵ Cf. ci-dessus, pt. 1.1.1

⁶⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 168-170 ; VAN GRIETHUYSEN, *Pour une approche évolutive de la précaution*, p. 55-56 ; KNOEPFEL, p. 142-150

⁶⁷ BRÜCKER, p. 1546

direction" lancé à plein régime, et chargé d'explosifs, qu'est l'évolution scientifico-technique ». ⁶⁸ Selon cet auteur, la science devrait échapper à l'hyperspécialisation et intégrer à sa démarche le contrôle de ses risques en pratique. ⁶⁹ En outre, si auparavant l'amélioration du niveau de vie résultant du progrès technique justifiait l'absence de légitimation politique des choix en matière de risques, il est indispensable aujourd'hui de les soumettre au pouvoir politique. ⁷⁰ Ulrich BECK remarque aussi que lorsque les risques apparaissent au grand jour, des possibilités pour modifier la situation sont également mises en lumière. C'est alors qu'interviennent des « tabous d'immuabilité », c'est-à-dire la soustraction à la pression de changement de certains domaines soi-disant non modifiables (circulation routière ou énergie nucléaire, par exemple). ⁷¹

L'émergence du principe de précaution s'inscrit dans la prise de conscience, au cours du XX^e siècle, que le développement technologique n'est en partie pas maîtrisé, et qu'il produit à la fois des bienfaits et des désastres. La vision positiviste d'un progrès économique et social, engendré automatiquement par l'acquisition de nouvelles connaissances scientifiques et techniques, qui profite à tous, est très largement mise en doute. ⁷² Outre la faillibilité désormais largement admise des scientifiques, leur manque de distance avec l'industrie est certainement à l'origine d'une méfiance que les chercheurs se plaisent à déplorer. ⁷³ À l'heure actuelle, la science ne perd cependant pas de son importance, bien au contraire. La société du risque serait tout autant dépendante de la science que critique à son égard. ⁷⁴ Le principe de précaution n'implique du reste pas de faire abstraction de la rationalité scientifique. La méthode scientifique demeure le moyen de connaissance considéré comme le plus objectif et le plus fiable pour distinguer un risque effectif d'un risque sans fondement réel, c'est-à-dire fantasmatique : les risques qui ne peuvent être identifiés et validés scientifiquement n'impliquent généralement pas de mesures de précaution. ⁷⁵

⁶⁸ BECK, 396

⁶⁹ Idem, p. 343-347

⁷⁰ Idem, p. 400-407

⁷¹ Idem, p. 376

⁷² GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 28 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 66-68 ; l'abandon de la croyance en un fondement assuré du savoir et la mise en doute du progrès scientifique caractérisent la société dite « post-moderne », cf. GIDDENS, p. 12 et 52

⁷³ RÉMOND-GOUILLOUD, p. 352 ; sur les relations d'interdépendance entre science et industrie, ou science et pouvoir, cf. l'ouvrage de Jacques ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, 1990

⁷⁴ Cf. BECK, p. 372

⁷⁵ BORDOGNA PETRICCIONE, p. 86 ; cf. ch. 2, pt. 2.1.3

1.1.4. Les polémiques autour du principe de précaution

Le principe de précaution, supposé freiner le progrès ou entraîner irrationalité ou coûts exorbitants, a suscité de vives oppositions dès le début de son essor en droit international.⁷⁶ Il contredit en effet la tendance à favoriser le progrès en cas de doute, et constitue en cela une véritable transgression : « Dans notre civilisation marquée par la science, les situations de menace doivent [...] briser le rempart de tabous qui les entoure ».⁷⁷ Ceci dit, il n'est pas exclu que la mise en œuvre du principe de précaution implique des dépenses démesurées ou ait même pour conséquence d'entraver une technologie profitable, argument invoqué par les pro-OGM⁷⁸ ; c'est le risque de l'excès de précaution.

Nous allons voir qu'en présence de risques incertains, il faut, autant que possible, faire une analyse soigneuse des risques, ainsi que des bénéfices et des inconvénients des mesures à prendre. Parfois une interdiction ou une suspension de l'activité s'imposera, parfois une mesure moins incisive, comme le suivi scientifique ou l'étiquetage du produit, semblera proportionnée. Ainsi, le principe de précaution n'équivaut pas à une règle d'abstention, mais plutôt à une injonction « d'action mesurée ».⁷⁹ Nous constaterons également que le principe de précaution n'en appelle pas à « moins de science », mais suppose un repositionnement de la science et de l'expertise dans la procédure de prise de décision ; il signifierait même « davantage de science », puisqu'il impose parfois des recherches, un suivi scientifique et, en tous les cas, de tenir compte des avis scientifiques minoritaires.⁸⁰ Le principe de précaution serait donc « plus générateur qu'inhibiteur de connaissances ». Il pourrait même être « l'un des meilleurs leviers de l'extension de la diversité technologique ».⁸¹

En matière de protection de l'environnement, les évaluations de l'impact du principe de précaution ne font état d'aucuns regrets quant aux mesures prises en son nom.⁸² Le temps écoulé depuis le Sommet de Rio a donné raison, par exemple, à ceux qui l'ont inscrit dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992⁸³, puisque le réchauffement du climat a depuis lors largement quitté le domaine de l'incertain. De même, en matière de protection de la santé, de nombreuses affaires ont montré l'importance d'une action préventive en l'absence de preuve du risque.⁸⁴ D'autres fois, rares il faut le souligner, les mesures étatiques se sont avérées disproportionnées, comme lors de la pandémie de grippe A(H1N1) en automne 2009. Si

⁷⁶ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 112 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 265-266 ; cf., par exemple, l'ouvrage de Gérald BRONNER et Etienne GEHIN, *L'inquiétant principe de précaution*, Paris, 2010

⁷⁷ BECK, p. 62

⁷⁸ AUDÉTAT, p. 99

⁷⁹ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 265-266 et 272-275 ; GOSSEMENT, p. 256 ; HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 12-13

⁸⁰ CAZALA, *Principe de précaution et procédure*, p. 123

⁸¹ HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 13

⁸² AUDÉTAT, p. 98-99 ; AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 13

⁸³ RS 0.814.01

⁸⁴ Cf. ch. 6, pt. 6.1.1

des leçons peuvent certainement être tirées de la gestion de cette crise, notamment concernant l'appréciation du risque, il faut admettre que le principe de précaution implique une possible démesure en faveur de son objet, corollaire de l'incertitude scientifique. De tels excès de prudence ne devraient toutefois pas mettre en cause le principe de précaution lui-même, la garantie d'un niveau élevé de protection de la santé nécessitant la prise en compte de risques scientifiquement incertains⁸⁵, mais plutôt la façon dont il a été mis en œuvre dans une situation particulière.

Nous verrons par ailleurs que le contenu flou du principe de précaution résulte du fait qu'il est souvent impossible de prévoir quelles mesures doivent être prises pour prévenir la réalisation d'un risque, en raison de la multiplicité et de l'imprévisibilité tant des situations d'incertitude scientifique que du point de vue des différents acteurs.⁸⁶ L'imprécision ou même les variations de contenu du principe ne doivent pas être considérées comme un défaut ; elles lui sont propres, puisqu'il revient aux pouvoirs publics de définir dans les cas concrets les exigences de protection de la population.⁸⁷ Cette indétermination du principe de précaution est donc inévitable (l'imprécision étant caractéristique des principes d'une grande généralité)⁸⁸, et même souhaitable dans la mesure où une définition complète et définitive aurait pour effet de « clôturer son sens » et de l'empêcher de s'adapter aux situations auxquelles il a vocation à s'appliquer.⁸⁹

Si l'on peut ainsi répondre aux critiques formulées à l'encontre du principe de précaution et les désamorcer, il n'en reste pas moins que sa mise en œuvre pourrait entraver un progrès qui s'avérerait finalement bénéfique : les situations de précaution recelant un grand potentiel de surprise, il est parfois difficile d'évaluer globalement le caractère positif ou négatif des répercussions d'une innovation technologique.⁹⁰ D'où un apparent paradoxe de la précaution, qui n'est qu'apparent puisque les avantages et inconvénients d'une technologie ne peuvent être considérés de façon symétrique. C'est en effet une telle vision privilégiant les avantages tangibles à court terme et éludant les inconvénients à plus long terme qui serait à l'origine de la plupart des choix technologiques s'étant révélés, a posteriori, problématiques.⁹¹

⁸⁵ Cf. les exemples mentionnés au ch. 6, pt. 6.1.1

⁸⁶ LEBEN, VERHOEVEN, p. 10 ; également GOSSEMENT, p. 295 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 190

⁸⁷ EWALD, *Philosophie politique*, p. 25

⁸⁸ LEBEN, VERHOEVEN, p. 8 ; CAMERON, ABOUCHAR, p. 46

⁸⁹ DE SADELEER, *Les principes du pollueur - payeur*, p. 190 ; GOSSEMENT, p. 21 ; cf. ch. 6, pt. 6.1.3.A

⁹⁰ Cf. VAN GRIETHUYSEN, p. 60

⁹¹ Idem, p. 60-61, note 59

1.2. Responsabilité et catastrophisme éclairé

Concernant le contexte philosophique du principe de précaution, de nombreux auteurs se réfèrent à l'ouvrage du philosophe Hans JONAS, *Le Principe Responsabilité*, paru en Allemagne en 1979.⁹² Nous allons tout d'abord tenter de rendre compte des réflexions de cet auteur qui présentent un lien avec le principe de précaution, avant de mentionner quelques observations du philosophe Jean-Pierre DUPUY dont les thèses appuient et développent celles de Hans JONAS. Cela nous amènera aux critiques qui visent les analyses de type bénéfice/risque. Nous nous attacherons ensuite à cerner en quoi le principe de précaution implique un nouveau rapport au monde, et comment il se heurte à notre système économique.

1.2.1. Le principe responsabilité de Hans JONAS et le catastrophisme éclairé de Jean-Pierre DUPUY

De l'ouvrage de Hans JONAS, nous retenons que notre époque contemporaine, caractérisée par l'impulsion effrénée du développement technologique et les dangers qui en découlent, réclame une éthique nouvelle qui puisse empêcher « le pouvoir de l'homme de devenir une malédiction pour lui ».⁹³ Comme boussole qui guide l'action éthique, il est nécessaire d'anticiper les menaces en recourant à « l'heuristique de la peur », démarche visant à interroger nos craintes et à révéler les risques futurs imaginables pour l'objet de notre responsabilité.⁹⁴ Il faut également être disposé à se laisser affecter, ce n'est pas une évidence, par le salut ou par le malheur des générations à venir⁹⁵, ne pas avoir le cœur anesthésié par les intérêts immédiats. Cette éthique est tout d'abord une « éthique de la sagacité », puisque la connaissance de l'objet de notre responsabilité ainsi que la reconnaissance de l'ignorance deviennent des devoirs prioritaires.⁹⁶ Notre pensée doit par ailleurs être tournée vers l'avenir, il faut se faire une idée des effets lointains de nos actions.⁹⁷ Cette éthique nouvelle implique un devoir de respect, la responsabilité de préserver ce sur quoi nous avons du pouvoir : la biosphère de la planète dans sa totalité, la survie de l'être humain et de « l'intégrité de son essence ».⁹⁸ La responsabilité, corrélat du pouvoir, ne concerne pas ici le dédommagement ou la sanction de ce qui a été fait, mais ce qui est à faire. Il s'agit d'une responsabilité à long terme, à l'échelle de notre pouvoir.⁹⁹ Ainsi, le « principe responsabilité » de Hans JONAS est entendu comme un devoir, comme une obligation de veiller au bien vivre des générations futures et à la préservation de l'environnement. L'être humain doit désormais agir de façon à ce que les effets de son action « soient compatibles avec la Permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre »,

⁹² Entre autres EWALD, *Le retour*, p. 119 ; LARRÈRE, p. 15-28 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 48 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 273-274 ; BOUTONNET, GUÉGAN, p. 274-275 ; HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 13-15

⁹³ JONAS, p. 15 ; pour un résumé des thèses de Hans JONAS, cf. LARRÈRE, p. 16-19 ; GOSSEMENT, p. 302-306 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 274-275

⁹⁴ JONAS, p. 65-71 et 421-423

⁹⁵ Idem, p. 69

⁹⁶ Idem, p. 33

⁹⁷ Idem, p. 67-68

⁹⁸ Idem, p. 34-35 et 423-424

⁹⁹ Idem, p. 58

autrement dit ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d'une telle vie, car si nous pouvons risquer notre propre existence, nous ne devons pas mettre en péril ni celle des générations futures, ni l'intégrité de la nature.¹⁰⁰

Pour atteindre ce but, il faut, en matière de risques futurs d'une certaine gravité, en raison de leur incertitude et de la difficulté à renoncer à un bénéfice immédiat en faveur d'un hypothétique bénéfice à long terme qui ne nous concernera plus, privilégier systématiquement le mauvais pronostic sur le bon : « jamais l'existence ou l'essence de l'homme dans son intégralité [à laquelle Hans JONAS associe la préservation de la nature] ne doit être mise en jeu dans les paris de l'agir ».¹⁰¹ Ces dangers potentiels doivent être considérés comme des risques inacceptables qu'aucun bénéfice ne peut rendre davantage acceptables.¹⁰² En présence d'un risque d'une certaine gravité, il s'agit de traiter ce qui est possible mais incertain comme une certitude en vue de la décision, puisque les enjeux sont trop élevés pour parier sur l'avenir et que nous avons le devoir de conserver « l'héritage d'une évolution antérieure ».¹⁰³ Hans JONAS réfute le reproche de pessimisme : les plus pessimistes sont ceux qui n'estiment pas le monde actuel digne d'être protégé autant que possible.¹⁰⁴ La circonspection devient « le noyau dur de l'agir éthique »¹⁰⁵, la prudence « un impératif de la responsabilité ».¹⁰⁶ Selon Hans JONAS, le nouveau devoir de responsabilité envers l'état de la biosphère et envers la survie future de l'espèce humaine est né de la menace ; il repose ainsi avant tout sur une éthique de la préservation et de l'empêchement, par opposition à une éthique du progrès et du perfectionnement. La modestie de ce but ne doit pas cacher qu'il est difficile à atteindre et qu'il réclame sans doute plus de sacrifices que ceux faits jusqu'à présent pour améliorer le sort humain.¹⁰⁷

Les thèses de cet auteur reflètent une prise de conscience de la vulnérabilité et de la mutabilité de la planète, des menaces qu'engendrent les excès mercantiles de l'utilisation du progrès technologique, de la nécessité de les maîtriser, ainsi que de la responsabilité de l'homme vis-à-vis de l'environnement et des générations futures. Hans JONAS en appelle à l'éthique comme moyen de contrôle de l'agir humain. Sa réflexion philosophique aurait entraîné une rapide propagation juridique du principe de précaution en lui offrant une justification morale.¹⁰⁸ Catherine LARRÈRE fait cependant état de divergences entre les règles pratiques que déduit Hans JONAS de son principe responsabilité et les formes concrètes d'application du principe de précaution : le « décrochage » de la technique vers l'éthique devient, avec le principe de précaution, le transfert de la décision du scientifique au politique.¹⁰⁹ En outre, l'obligation de savoir

¹⁰⁰ Idem, p. 40-41 et 261-265

¹⁰¹ Idem, p. 84 ; cf. également p. 261-263

¹⁰² Idem, p. 84

¹⁰³ Idem, p. 76 et 85

¹⁰⁴ Idem, p. 78

¹⁰⁵ Idem, p. 86

¹⁰⁶ Idem, p. 360

¹⁰⁷ Idem, p. 266

¹⁰⁸ BOUTONNET, GUÉGAN, p. 266 ; LARRÈRE, p. 15

¹⁰⁹ LARRÈRE, p. 21

chez Hans JONAS s'adresserait plutôt aux sentiments et aux valeurs, alors qu'en vertu du principe de précaution, ce devoir concerne avant tout la science. Cela éviterait l'irrationalité et les blocages d'une éthique de la peur. Par ailleurs, le principe de précaution modifie les modalités d'intervention du politique en mettant l'accent sur la participation du public aux controverses scientifiques, élément absent des thèses de JONAS.¹¹⁰

Le philosophe français Jean-Pierre DUPUY, quant à lui, souligne combien « l'heuristique de la peur » de Hans JONAS et sa position d'accorder plus de poids à la prophétie du malheur qu'à la prophétie du bonheur sont fondées. Il constate que l'attitude de précaution bute sur l'obstacle majeur de l'absence de crédibilité des catastrophes, du fait qu'elles nous laissent somme toute indifférents.¹¹¹ Si, pour les prévenir, il faut croire en leur possibilité, c'est le propre de l'être humain de ne pas pouvoir vraiment se rendre compte d'une menace, tout en sachant qu'elle est probable. Ce qui est d'ailleurs également le cas lorsqu'il a toutes les raisons de savoir qu'une catastrophe va avoir lieu. Mais une fois qu'elle s'est produite, elle semble relever de l'ordre normal des choses : « sa réalité même la rend banale », la conscience commune ne montrant pas « d'embarras particulier » à digérer les pires abominations.¹¹² Aux théoriciens de la précaution qui réfutent une posture catastrophiste qualifiée d'absolutiste puisque, « les yeux braqués sur le scénario du pire », elle viserait un risque zéro impossible à atteindre et paralysant, Jean-Pierre DUPUY répond que le catastrophisme éclairé non seulement incite à l'action, puisqu'il faut prendre des mesures de précaution ou trouver des alternatives à l'action trop risquée, mais qu'il est aussi une attitude philosophique cohérente et conforme à la raison.¹¹³ Et pourquoi cette posture catastrophiste ? C'est parce que nous voulons éviter toute catastrophe constituant un « destin détestable » qu'il faut se fixer sur elle.¹¹⁴ Pour échapper à la menace incertaine, il faut penser qu'elle se réalisera nécessairement, ce qui permet en quelque sorte d'actualiser le futur pour y échapper.¹¹⁵

Nous voyons là, dans cette nouvelle relation du présent au futur, dans cet impératif de lucidité et d'action préventive malgré l'incertitude, les liens entre le catastrophisme éclairé et le principe de précaution. Catherine LARRÈRE fait remarquer qu'une pensée de la catastrophe, si elle peut être rationnelle, occulte le fait que tout problème environnemental n'est pas forcément une catastrophe, comme les risques liés aux OGM, par exemple – ce qui paraît discutable. Le principe de précaution, selon cette auteure, est plutôt une façon de se conduire dans un univers controversé devant permettre, sans qu'il soit nécessaire « d'agiter la menace de la catastrophe », de prendre en compte les conséquences non intentionnelles traditionnellement laissées de côté.¹¹⁶ Une vision qui passe toutefois l'essentiel du principe de précaution sous silence : si les conséquences

¹¹⁰ Idem, p. 22-23

¹¹¹ Jean-Pierre DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, p. 93

¹¹² Idem, p. 84-85

¹¹³ Idem, p. 81-83

¹¹⁴ Idem, p. 80-84

¹¹⁵ Idem, p. 86-87

¹¹⁶ LARRÈRE, p. 25-26 et 28

dommageables de l'évolution scientifique et technique doivent bien, en premier lieu, être prises en compte, elle doivent surtout être évitées lorsque le niveau de protection recherché le requiert.

1.2.2. La critique des bilans de type « coûts-avantages » et de la focalisation sur les risques pour l'environnement et la santé

Jean-Pierre DUPUY critique par ailleurs l'approche de type économique des bilans « coûts-avantages » qui néglige les aspects éthiques et politiques des problèmes abordés, le contexte dans lequel se situent les menaces, et cela tout d'abord parce que la balance des risques et des avantages des nouvelles technologies est impossible à effectuer.¹¹⁷ Il relève également que la réduction de « tous les domaines de la vie à la problématique de la production et de la consommation » n'est pas étrangère aux dangers qui planent sur nous actuellement.¹¹⁸ Quant aux démarches pour faire place à une « démocratie technique »¹¹⁹, si elles visent à placer la dimension politique en priorité par rapport au calcul économique, elles éludent la question fondamentale : la nature du mal et de l'inacceptable auquel on a affaire.¹²⁰ C'est ainsi tout d'abord le rapport instrumental que l'homme instaure avec ce qui l'entoure et le préoccupe, son rêve de maîtrise qu'il faut analyser. Le « projet technicien », à l'heure actuelle fondamentalement non durable, n'est en effet pas neutre, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'il soit pavé de bonnes intentions pour produire le bien.¹²¹ Selon cet auteur, en substituant la raison et la science au sacré, le monde moderne a perdu ses limites et a sacrifié le sens même de ses actions.¹²² Il émet plus loin l'hypothèse que ce qui nous menace, ce n'est pas tant en lui-même le train fou du progrès technologique, mais le fait que les hommes ne reconnaissent pas, dans le malheur futur, la conséquence de leurs actes.¹²³ Et ajoute que « la sérénité raisonnable et comptable des gestionnaires du risque participe de cette étonnante capacité de l'humanité de se résigner à l'intolérable », ce détachement étant en fait de l'irréalisme, isolant les risques de leur contexte.¹²⁴ Ce contexte général est formé des enjeux ou des effets du développement technologique autres que les risques, par exemple les effets sur les relations de domination (qui va s'approprier et tirer bénéfice des nouvelles techniques, quelles seront les conséquences pour ceux qui n'y ont pas accès), ou les effets sur notre rapport à la nature (la nature comme création artificielle). Ces conséquences sont graves : il est impératif de les prendre en compte et ne pas se limiter à la question des risques.¹²⁵

Mark HUNYADI discerne, lui aussi, en particulier le danger que le principe de précaution soustraie les décideurs à leurs responsabilités politiques et les hypnotise jusqu'à faire de l'évaluation des risques l'unique critère de décision légitime, alors

¹¹⁷ Jean-Pierre DUPUY, *Préface : Les rêves de la raison*, p. VIII

¹¹⁸ Jean-Pierre DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, p. 20-21

¹¹⁹ Cf. ch. 3, pt. 3.1.4

¹²⁰ Jean-Pierre DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, p. 20-22

¹²¹ Idem, p. 28-29

¹²² Idem, p. 57

¹²³ Idem, p. 62-63

¹²⁴ Idem, p. 85

¹²⁵ Jean-Pierre DUPUY, *Préface : Les rêves de la raison*, p. VIII-XI

qu'une situation d'incertitude doit être évaluée sous d'autres perspectives. Le principe de précaution peut donc devenir, « plutôt que le contrepoids, le *symptôme* de la civilisation technologique ». ¹²⁶ Si la mise en œuvre du principe de précaution est indispensable, viennent ensuite les « vraies questions » des choix politiques. ¹²⁷ Dans le même sens, Barbara BORDOGNA PETRICCIONE remarque que dans les débats relatifs aux OGM, il a été question de nombreux risques : celui de « domination des multinationales » menaçant l'indépendance des agriculteurs, et en particulier la sécurité alimentaire dans les pays en voie de développement (libre accès aux semences, possibilité de ressemer une partie des récoltes, maintien des ressources génétiques dans le domaine public), de « mondialisation néolibérale » ou de « colonialisme technologique », par exemple. Ces risques socio-économiques n'ont fait l'objet d'aucune mesure, puisque les risques reconnus comme tels par les instances de régulation sont ceux appréhendés par les sciences naturelles. Il s'ensuit que, de nos jours, la présence d'un risque pour l'environnement ou la santé constitue la seule raison valable de limiter le développement d'une technologie, exception faite de nouveaux principes tels que le libre choix du consommateur ou le respect de l'intégrité des organismes vivants, qui n'ont qu'un impact limité. ¹²⁸ Or un meilleur contrôle démocratique du développement technologique justifierait que la société définisse le champ des risques à prendre en compte. ¹²⁹

Il est vrai que le principe de précaution s'applique uniquement, dans les ordres juridiques étudiés, aux risques relevant des sciences naturelles, nous l'expliquerons. ¹³⁰ Cela n'empêche pas que d'autres paramètres que le résultat de l'évaluation scientifique des risques soient inclus dans les choix en matière de risques (scientifiquement) incertains, tant lors de l'élaboration de la législation que dans l'application du droit. ¹³¹ Nous y reviendrons également. ¹³² Les réflexions que nous avons mentionnées situent le principe de précaution dans une pensée bien plus large. S'il ne doit en aucun cas cautionner une absence de réflexion politique sur les conséquences du développement scientifique et technique, sa mise en œuvre peut permettre d'éviter certaines atteintes à l'environnement et à la santé. C'est en tant que moyen au service de cet objectif, mais aussi du fait qu'il contient un impératif de protection, et en cela une dimension éthique, que le principe de précaution peut avoir un impact décisif, pour autant que l'on y fasse recours ; le constat de son insuffisance ne relativise donc pas son importance.

¹²⁶ HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 31

¹²⁷ Idem, p. 32

¹²⁸ Sur le tout, BORDOGNA PETRICCIONE, p. 82-85

¹²⁹ Idem, p. 92-93

¹³⁰ Ch. 2, pt. 2.1.3

¹³¹ ARNDT, p. 263-265

¹³² Ch. 7, pt. 7.2.1

1.2.3. L'homme comme partie de la nature et les intérêts divergents de l'impératif de croissance

Remarquons tout d'abord que jusqu'à la révolution industrielle (ou « thermo-industrielle » avec l'invention de la machine à vapeur), l'activité humaine n'avait pas exercé d'influence majeure sur le milieu naturel autre que le déboisement dû à la sédentarisation et à l'agriculture. Le recours aux énergies non renouvelables nous a permis de décupler notre puissance, de faire progresser de manière exponentielle notre activité industrielle, mais a également conduit à ce que les capacités d'assimilation de la biosphère soient dépassées : les cycles naturels sont toujours plus affectés, parfois de manière irréversible. Dans la société industrielle avancée où nous nous trouvons (appelée aussi « post-industrielle » ou « hyper-industrielle »), le processus de développement technologique se poursuit rapidement et l'absence de maîtrise quant à l'utilisation de ces innovations a des conséquences écologiques et des répercussions sociales toujours plus marquées. L'ampleur de l'intervention humaine dans les processus naturels s'accroît, brouillant d'autant l'évolution naturelle ; nous sommes entraînés toujours plus loin dans l'inédit, l'incertain et l'inconnu.¹³³

L'humain du XIX^e siècle, qui opposait nature et société et poursuivait le double objectif de dominer et d'ignorer la nature¹³⁴, misait sur la science pour réparer les éventuels dégâts causés par le développement technologique. En prenant conscience des risques potentiels de ce développement pour la nature et pour lui-même, il a pris conscience de sa dépendance à l'égard de la nature – son milieu –, et du fait qu'il ne peut pas tout maîtriser. Plutôt qu'une relation de propriétaire à objet, nous nous percevons maintenant comme partie de la nature ; la « maîtrise de la maîtrise » est désormais emprunte de prudence, donc d'humilité. « L'esprit des philosophes de l'Antiquité souffle bel et bien sur les terres contemporaines [...] ; nous nous retrouvons bien aujourd'hui, comme jadis, dans la nature, non plus au-dessus d'elle ».¹³⁵ Une expression de cet abolition du dualisme entre l'humain et la nature se trouve dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, adoptée à Stockholm le 16 juin 1972¹³⁶ : « l'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel. Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même. »

En raison de l'abolition du dualisme entre l'humain et la nature, ainsi que de la prise de conscience de l'exposition au risque, les personnes se sentent elles-mêmes blessées par

¹³³ Sur le tout, VAN GRITHUYSEN, *Pour une approche évolutive de la précaution*, p. 51-54

¹³⁴ BECK, p. 16

¹³⁵ Sur le tout, PAPAUX, p. 155

¹³⁶ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, doc. NU A/CONF.48/14/Rev.1, 1973, p. 3

les atteintes à l'environnement : elles sont un « être naturel qui a des responsabilités morales ».¹³⁷ Les risques liés à la modernisation ne menacent en effet pas seulement la nature, mais également tout le système social, politique, économique : les problèmes environnementaux sont « des problèmes sociaux, des problèmes de l'homme ».¹³⁸ On retrouve également l'abolition de ce dualisme dans le constat que la frontière entre la nature originelle et la nature fabriquée n'existe plus : « la cité des hommes, jadis une enclave à l'intérieur du monde non humain, se répand sur la totalité de la nature terrestre et usurpe sa place ».¹³⁹ Nous voyons donc une révolution de la perception tant de la place de l'être humain dans la nature que de la responsabilité de celui-ci à l'égard de l'environnement ; une vision empreinte d'éthique d'où découle le principe de précaution. L'émergence du concept de précaution témoigne d'un nouveau regard, plus prudent, par rapport au progrès scientifique, et reflète peut-être même un véritable tournant dans le développement de nos sociétés.¹⁴⁰ Selon Mark HUNYADI, cette nouveauté potentiellement porteuse de réformes réside dans le fait que le principe de précaution vise à « imposer une limite de principe aux activités instrumentales » des hommes, ces activités étant « sommées de devenir responsables » à l'égard de leurs retombées collectives ; le développement, pour la première fois, n'est plus « abandonné à lui-même ».¹⁴¹

Reste à savoir si la hiérarchie des valeurs que suppose la mise en œuvre du principe de précaution est réellement en mesure de primer sur celle qui fonde nos sociétés, où dominant, en matière de potentialités technologiques, les critères d'évaluation en termes monétaire et de rentabilité. Selon ces critères, les coûts occasionnés par l'activité entreprise doivent être au moins couverts par le produit retiré de cette activité (d'où la nécessité de l'expansion des activités économiques), et cette dernière être convertible en monnaie – impliquant une « marchandisation des ressources humaines et naturelles ». La réalité écologique et sociale étant ainsi réduite à ses éléments exclusifs et échangeables, nombres d'autres éléments de cette réalité ne sont pas adéquatement pris en compte.¹⁴² En outre, selon la logique de rentabilité économique, l'entrepreneur cherchera tous les moyens pour faire baisser les coûts de production, au nombre desquels peuvent figurer l'investissement dans une politique anti-écologique ou dans des recherches qui démontrent l'ignorance scientifique relative à des situations où le principe de précaution pourrait s'appliquer.¹⁴³

Pascal VAN GRITHUYSEN explique par ailleurs que la combinaison de l'économie de propriété et du développement technologique forme une dynamique conduisant notamment à la concentration des entreprises, qui deviennent plus puissantes. En résulte un affaiblissement du contrôle social sur l'innovation et, parallèlement, une technique toujours plus puissante qui perturbe toujours davantage les processus naturels. Cet

¹³⁷ BECK, p. 135

¹³⁸ Idem, p. 147-148

¹³⁹ JONAS, p. 37

¹⁴⁰ BECK, p. 16 ; dans ce sens également EWALD, *Philosophie*, p. 383

¹⁴¹ HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 11-12

¹⁴² Sur le tout VAN GRITHUYSEN, *Rationalité économique et logique de précaution*, p. 216-217

¹⁴³ Idem, p. 218

engrenage entraîne également un développement économique orienté vers les personnes solvables au détriment des populations pauvres ou des générations futures, à quoi s'ajoute une obsolescence prématurée – et voulue – des biens d'équipement et de consommation, ainsi qu'une orientation plus technologique du développement scientifique. On a ainsi l'image d'un système que seuls des phénomènes écologiques (pollution, épuisement des ressources) menaçant également la vie humaine pourraient freiner, à moins qu'intervienne une demande de contrôle social sur les choix en matière de risque, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une politique de précaution privilégiant la prudence et la responsabilité par rapport à la recherche du profit immédiat. Mais le défi est de taille : les deux systèmes de valeurs semblent souvent inconciliables, ce qui peut expliquer les divergences entre les réponses sociales adaptées à une situation d'incertitude scientifique et les réponses finalement adoptées.¹⁴⁴

C'est sur ce constat que nous terminerons cette mise en perspective, dont l'ambition était d'éclairer la raison d'être du principe de précaution. Elle a également révélé la dimension éthique du principe.¹⁴⁵ L'éthique vise à diriger la conduite humaine dans le bon sens, conformément à la morale ; elle doit donc exister « d'autant plus que les pouvoirs de l'agir qu'elle doit réguler sont plus grands ».¹⁴⁶ Le principe de précaution prescrit à l'homme de choisir en faveur du bien vivre de l'humanité présente et future, lui enjoignant de ne pas sacrifier aux appétits immédiats les richesses et l'équilibre de la nature.¹⁴⁷ Ce sont des valeurs morales qui sont en jeu : celles du respect de la nature et de l'humanité à venir et, en corollaire, celles de la tempérance, de la prudence, de la lucidité, de la responsabilité. François EWALD voit dans l'apparition du principe de précaution l'un des signes d'une transformation philosophique et sociologique profonde, notamment par la prise de conscience collective que certains dommages sont irréparables et n'ont pas de prix.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Idem, p. 219-225 et 203

¹⁴⁵ Entre autres EWALD, *Philosophie politique*, p. 27

¹⁴⁶ JONAS, p. 61

¹⁴⁷ RÉMOND-GOUILLOUD, p. 357

¹⁴⁸ EWALD, *Philosophie*, p. 397 et 408

Chapitre 2. Quelques notions importantes : la santé publique, la précaution versus la prévention des risques, les principes juridiques

Nous allons, dans ce chapitre, clarifier les termes sur lesquels nous fonderons notre réflexion. Comment comprendre la notion de santé publique en relation avec le principe de précaution ? Et quelle est la spécificité de la précaution ? Après avoir tenté de répondre à ces questions, nous nous efforcerons de percevoir ce que sont les principes juridiques : de quel genre de normes s'agit-il, comment les principes apparaissent et fonctionnent, éléments qui nous permettront par la suite de mieux évaluer les implications de l'élargissement du champ d'application du principe de précaution.

2.1. Notions clés

Après avoir circonscrit le concept de santé publique, nous allons mentionner la différence et la zone grise incompressible entre prévention et précaution, afin d'expliquer la difficulté que l'on rencontre à discerner l'objet du principe de précaution. Nous décrirons également les notions de risque, de risque incertain, ainsi que celle de danger souvent utilisée en droit pénal et en droit privé, et distinguerons précaution et démarche de prudence. Ces nuances sont en effet subtiles et certains termes très proches se recoupent parfois, ou sont même confondus.

2.1.1. La santé publique comme objet du principe de précaution

La santé peut être comprise comme un état de bien-être physique, psychique et social ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou de handicap.¹ Quant à la santé publique, elle signifie généralement la santé de toute la population ou de groupes de personnes, qui fait l'objet de mesures étatiques ou privées de protection et de promotion.² Or certains domaines couverts par cette définition, tels que les assurances sociales ou les systèmes de soins, n'entrent pas dans le cadre de notre étude. La précaution vise en effet la prévention des atteintes à la santé résultant souvent des applications incontrôlées du développement technologique, ou de nouvelles maladies peu connues au moment de leur émergence. Il s'agit donc ici de « l'idée traditionnelle, défensive et un peu paternaliste, de la "santé publique" visant à protéger la population contre d'éventuelles atteintes à sa santé, au besoin en limitant les droits individuels ».³ En relation avec le principe de précaution, une approche large de la santé s'impose, incluant la santé animale et végétale lorsque l'être humain est susceptible d'en être affecté.⁴ La lutte contre l'encéphalopathie spongiforme bovine, par exemple, épizootie à l'origine de la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, entre dans le cadre de notre étude. Par ailleurs, même si nous nous attacherons à distinguer les risques menaçant les

¹ SPRUMONT, p. 163 ; plus en avant sur la notion de santé dans GUILLOD, SPRUMONT, p. 338-340 ; cf. également la définition dans le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) du 22 juillet 1946 (RS 0.810.1)

² POLEDNA, BERGER, p. 5-6

³ GUILLOD, SPRUMONT, p. 340

⁴ Sur une telle approche, cf. BÉLANGER, *La protection de la santé publique*, p. 21-22 ; SPRUMONT, RODUIT, p. 9, relèvent qu'un règlement sanitaire fribourgeois de 1804 concernait en premier lieu la santé du bétail, en tant que ressource économique

personnes directement et ceux résultant de modifications du milieu naturel, il y a évidemment des liens entre santé humaine et environnement sain, que nous aurons l'occasion d'approfondir.⁵

Remarquons que la disposition constitutionnelle qui attribue à la Confédération la tâche de légiférer en matière de génie génétique prévoit que la sécurité des personnes doit être garantie (art. 120 al. 2 Cst.), notion plus large que celle de santé, incluant la protection de la vie.⁶ Quant au concept de sécurité sanitaire utilisé en France et au sein de l'OMS notamment, il se rapporte à la santé publique tout en accentuant l'idée d'une sphère de protection nécessaire au bien-être de l'individu.⁷ Nous nous en tiendrons au terme traditionnel de santé publique, ou de protection de la santé tel qu'il figure à l'article 118 alinéa premier de la Constitution comme mandat attribué à la Confédération dans l'exercice de ses compétences.

2.1.2. Le principe de précaution et la prévention des risques

Le principe de précaution (*Vorsorgeprinzip* en allemand, *precautionary principle* en anglais⁸) a pour objet la prévention de risque dont l'existence n'est pas scientifiquement avérée, par opposition aux risques certains. Cette distinction, qui fonde celle entre précaution et prévention⁹, repose en d'autres termes sur le degré de connaissance du risque.¹⁰ Notons que le sens commun de précaution (« disposition prise pour éviter un mal ou en atténuer l'effet » et « manière d'agir prudente, circonspecte »¹¹), synonyme de prévention ou de prévoyance, ne correspond pas à la signification juridique de la précaution. Nous utiliserons, comme de nombreux auteurs, la notion de risque incertain, et considérerons comme équivalents les termes risque éventuel ou potentiel que l'on rencontre en lien avec le principe de précaution. Nous verrons qu'il n'y a pas de définition unique du principe de précaution, dont les formules varient selon les circonstances, et qu'il y a toute une gradation de mesures prises en son nom, qui ne lui sont pas spécifiques.

⁵ Ch. 6, pt. 6.2.2

⁶ Cf. AUBERT, MAHON, p. 956-957

⁷ Cf. BÉLANGER, *Une solution dans le débat sur le droit à la santé*, p. 772ss

⁸ KOURILSKI, VINEY, p. 257 ; MARTIN-BIDOU, p. 644

⁹ Entre autres DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 136 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 268-271 ; BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution en droit positif*, p. 92 ; GOLLIER, p. 105 ; KOURILSKI, VINEY, p. 17-18 ; CAMERON, ABOUCHAR, p. 45 ; GONZALES-VAQUE, EHRING, JAQUET, p. 82-83 et 88 ; MANES, p. 1336 et 1338 ; MARTIN-BIDOU, p. 647 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 10 et 65 ; ARNDT, p. 124 ; parmi les auteurs suisses : PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 586 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 112-113 ; VAN GRIETHUYSEN, p. 55 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 61 ; FAVRE, JUNGO, p. 22 ; notons que la jurisprudence de l'Union européenne distingue risque potentiel – étayé par des données scientifiques – et « risque purement hypothétique » reposant sur des spéculations sans fondement scientifique qui ne légitime pas, selon la Cour de justice, l'application du principe de précaution (cf. ch. 8, pt. 8.1.2.B)

¹⁰ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 107 et 115-116 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 80

¹¹ *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, 2003

Si le consensus règne largement sur le fait que le principe de précaution s'applique aux risques incertains par opposition aux risques certains, objets de la prévention, cette distinction est moins évidente qu'il ne semble de prime abord, pour différentes raisons. Tout d'abord, le terme de prévention connaît deux acceptions : la première, étroite (en allemand, *Vorbeugung*), s'oppose à la précaution ; la seconde, large (en allemand, *Prävention*), est « toute démarche visant à empêcher la survenue de certains événements jugés indésirables ». ¹² Ainsi les textes juridiques en français ne distinguent souvent pas prévention et précaution : « des mesures de prévention doivent être prises, "quand même", "même si", "alors que" il n'y a pas de certitude sur le rapport de causalité (entre telle substance et tel effet) ». ¹³ C'est dans ce sens que la prévention (traduction de *Vorsorge*) est parfois comprise en droit suisse, étant entendu qu'alors la prévention inclut la précaution ¹⁴ ; en allemand, c'est le *Vorsorgeprinzip* qui est souvent compris, dans les textes de droit suisse, comme concernant tant les risques certains qu'incertains. ¹⁵

La distinction entre prévention au sens étroit (ayant donc pour objet les risques avérés) et précaution, simple en apparence, peut d'autre part s'avérer subtile en pratique, puisque « l'ignorance ou la connaissance d'un risque n'est jamais absolue » et que la frontière entre le connu et l'inconnu est moins claire qu'on ne le pense. ¹⁶ Où finit la précaution et où commence la prévention ? Il s'agit souvent d'une zone grise où l'on passe insensiblement de l'une à l'autre, par exemple lorsqu'une nouvelle maladie est de mieux en mieux connue, ou dans la définition de seuils de tolérance de substances nocives. ¹⁷ Quant à l'incertitude résiduelle, elle ne tombe pas, à notre avis, dans le champ d'application du principe de précaution, la plupart des connaissances scientifiques comportant une part d'incertitude, tout au moins théorique. ¹⁸

2.1.3. Les risques, avérés ou scientifiquement incertains

La notion de risque suscite des difficultés en raison de sa polysémie, conséquence de la multitude de disciplines qui s'attachent à son étude (économie, sociologie, philosophie, géographie, sciences politiques, médecine, psychologie, sciences naturelles et droit, notamment). ¹⁹ Pour mieux la comprendre dans le contexte de la précaution, il faut évoquer la distinction entre risque et danger : si, dans le langage courant, le risque est synonyme de danger, de péril, ou d'événement malheureux – le risque présentant

¹² GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 119 ; BREIER, VYGEN, p. 1739 ; GONZALES-VAQUE, EHRING, JAQUET, p. 88 ; pour la terminologie allemande, ARNDT, p. 124-125

¹³ EWALD, *Philosophie politique*, p. 24

¹⁴ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 586 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 60-61 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 113-114

¹⁵ WEBER, VLCEK, p. 2

¹⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 395 ; APPEL, p. 123-124 ; ARNDT, p. 125-126

¹⁷ EWALD, *Philosophie politique*, p. 25 ; cf. également ARNDT, p. 89

¹⁸ Cf. ARNDT, p. 127 et 325-326

¹⁹ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 167 ; TROUWBORST, p. 26

toutefois la particularité d'être aléatoire²⁰ –, ces deux notions sont différenciées dans le langage technique de l'analyse des risques et dans le langage juridique. On considère que le danger fait référence à la source du dommage potentiel, alors que le risque est un moyen d'évaluer un danger.²¹ Le danger, notion plus large, est rattaché dans ce contexte à une propriété ou à une situation qui, dans certaines circonstances, peut avoir un effet adverse.²² En d'autres termes, « die *Gefahr* umschreibt [...] die *Art* der (möglichen) Bedrohung (Erdbeben, Lawinen, Explosionen, kriegerische Ereignisse, terroristische Gewaltakte...) »²³. Le risque peut être défini comme un danger éventuel plus ou moins prévisible pouvant causer un dommage, notion exprimée également par les termes de menace ou de danger potentiel.²⁴ Précisons que, dans ce contexte, le dommage a une signification plus large qu'en droit privé : il doit être compris comme une atteinte à un bien juridiquement protégé, et non pas seulement comme une diminution involontaire du patrimoine.²⁵

Les risques avérés sont donc couverts par le principe de prévention ; leur existence ne fait pas de doute, seule leur réalisation est aléatoire. Il s'agit, par exemple, d'accidents de la route ou d'événements météorologiques dont la répétition permet un calcul sur lequel se fondent les politiques de prévention. Si la réalisation des risques avérés est incertaine, elle peut être connue dans son ensemble au moyen des lois de probabilités et la rationalité des mesures étatiques peut être justifiée par ce biais.²⁶

La notion de risque tombant sous le coup du principe de précaution a cela de spécifique qu'il s'agit d'un « risque à deux étages », « d'un risque au carré » ou « d'incertitude sur l'incertitude », puisque ce n'est pas seulement la survenue du risque qui est incertaine, mais son existence même.²⁷ L'incertitude peut résulter de la nouveauté d'une activité, d'une substance ou d'un phénomène, ou de la complexité ou de la variabilité de leur

²⁰ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 167 ; sur l'histoire de la notion de risque : PERETTI-WATEL, p. 7-18 ; MARTIN, *Le concept de risque*, p. 451-457

²¹ FASEL, SPRUMONT, p. 191 ; cf. ARNDT, p. 115 ; nous ne retenons pas la définition, souvent rencontrée, selon laquelle il y a risque lorsque la vraisemblance de la réalisation de l'atteinte est corrélée au dommage supposé (par ex. KOLLER, SCHINDLER, p. 281), car elle élude le risque incertain

²² OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement*, COM/ENV/TD(2000)114/FINAL, 5 septembre 2002, p. 16, note 35, disponible sous [http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/LinkTo/com-env-td\(2000\)114-final](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/LinkTo/com-env-td(2000)114-final) (consulté le 15 janvier 2010) ; arrêt du TPICE du 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 147 ; également ARNDT, p. 114-115

²³ MOHLER, p. 562

²⁴ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 71 et 73 ; de façon différente, certains auteurs suisses alémaniques, comme SCHWEIZER, SUTTER, WIDMER, p. 81-85, ou SCHMID, p. 8-9, semblent s'être inspirés d'une partie de la doctrine allemande qui distinguait le danger (*Gefahr*), qui est un risque vraisemblable, le risque (*Risiko*), moins vraisemblable ou scientifiquement incertain, et le risque résiduel (*Restrisiko*) qui doit être toléré, cf. ARNDT, p. 31-32 ; nous ne retenons pas cette terminologie car elle ne correspond pas à celle utilisée en droit international et en droit de l'Union européenne

²⁵ Cf. REINHARD VON SUMISWALD, p. 106

²⁶ Sur le tout GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 12-13, 34, 37-38 et 125

²⁷ GOLLIER, p. 104 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 169

contexte.²⁸ On parle alors d'un risque incertain ou potentiel, risque qui repose sur « des informations fragmentaires, des indices, des doutes, des hypothèses non infirmées, sur la possibilité que survienne un événement et sur la nature de cet événement ». ²⁹ Comme l'incertitude crée des controverses scientifiques ou en résulte, le principe de précaution commande de prendre en compte les opinions dissidentes ou minoritaires³⁰ – d'où l'importance de prêter oreille aux « "lanceurs d'alerte" et autres "oiseaux de mauvaise augure" qui attirent l'attention sur des faits isolés, énigmatiques mais susceptibles d'annoncer des atteintes plus larges ». ³¹ Le constat de l'incertitude résulte cependant d'une démarche rationnelle : il ne s'agit pas de faire appel aux astres, cartes, sorciers, devins, télépathes, pendules ou autres forces appartenant aux sciences occultes et aux arts divinatoires.

Le principe de précaution concerne uniquement les risques qui relèvent des sciences naturelles, raison pour laquelle on parle, à propos de son objet, des risques « scientifiquement » incertains. Son champ d'application se limite en effet aux situations où des incertitudes relatives aux relations chimiques, physiques ou biologiques demeurent. C'est en particulier en droit de l'environnement et dans la réglementation des produits et des substances dangereuses que sa mise en œuvre est prévue, lorsque l'on opte pour un biais en faveur de la protection de l'environnement ou de la santé par rapport à d'autres considérations.³² Les tentatives d'élargissement du champ d'application du principe de précaution à d'autres risques, par exemple en matière d'assurances sociales, d'armée ou d'économie, doivent être considérées d'un œil critique, car il pourrait être invoqué pour légitimer n'importe quelle mesure, sans qu'un choix de principe en faveur de la protection d'un intérêt déterminé n'ait été fait.³³

On est en présence d'un risque incertain lorsqu'il n'y a pas de base théorique ou empirique adéquate pour attribuer une éventualité à un résultat (plus ou moins) défini.³⁴ Cela signifie que l'on ne peut pas lui attribuer un caractère probable ou improbable, et qu'il faut se garder de conclure que la probabilité de la réalisation du risque est faible en raison de l'incertitude³⁵, puisque la vraisemblance du dommage ne peut souvent tout simplement pas être évaluée. En général, l'incertitude scientifique pèse essentiellement sur les relations de causalité entre l'activité à risque et le dommage ; ainsi, la nature et le moment de la survenance, l'ampleur, la localisation, la durée ou la fréquence des atteintes potentielles peuvent être incertains.³⁶ Le principe de précaution commande d'engager de façon précoce, d'anticiper des mesures préventives en raison d'un

²⁸ Cf. CHRISTOFOROU, p. 211

²⁹ GOSSEMENT, p. 19

³⁰ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 75 ; CAMERON, ABOUCHAR, p. 45 ; cf. ch. 3, pt. 3.1.3

³¹ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 276

³² Cf. ch. 7, pt. 7.2.2

³³ Sur le tout, cf. ARNDT, p. 133-134

³⁴ Cf. CHRISTOFOROU, p. 211 ; ARNDT, p. 34 ; AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 201

³⁵ HERMITTE, DORMONT, p. 349

³⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 169-170 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 81-82

contexte d'incertitude : il faut agir sans attendre de certitudes quant à l'existence du danger, l'étendue des dommages éventuels ou les relations de cause à effet en jeu.³⁷

La question de savoir si le principe de précaution s'applique également en cas de résultat totalement indéfini, lorsque l'on ne sait rien ou presque rien des conséquences d'une action, semble controversée. De nombreux auteurs³⁸, ainsi que la jurisprudence des ordres juridiques que nous étudierons³⁹, plaident pour que le principe de précaution ne s'applique, en principe tout au moins, qu'à des risques fondés sur des données scientifiques présentant un minimum de consistance. Il s'agirait d'éviter autant l'arbitraire et l'irrationnel que la paralysie totale de l'action. D'autres auteurs, comme Pascal VAN GRIETHUYSEN qui s'appuie sur les travaux de l'Agence européenne pour l'environnement, sont d'avis que le principe de précaution doit être mis en œuvre également en situation d'entière ignorance. Il faut alors initier l'approfondissement des connaissances lorsque l'on doit faire des choix technologiques⁴⁰, ce qui n'a rien d'irrationnel ni de paralysant. A l'appui de cette thèse, le Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules mentionne que l'extension de la responsabilité du fait de xénotransplants aux risques de développement – extension qui est, nous le verrons, une expression du principe de précaution⁴¹ – est motivée par le fait que la xénotransplantation présente peut-être des risques impossibles à déceler pour l'heure.⁴² D'ailleurs, l'absence de données sur une technique ou une substance nouvelle se distingue de la situation où des données lacunaires existent depuis longtemps, mais ne laissent soupçonner aucun risque. Il n'est dès lors pas exclu que des mesures de précaution, peu incisives, trouvent à s'appliquer en cas de grande inconnue concernant les effets d'une nouvelle technologie. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il s'agit véritablement de mesures de précaution, des mesures de ce type n'ayant pas d'effet préventif immédiat ; nous y reviendrons.⁴³

³⁷ Entre autres, DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 136 ; GODARD, *Le principe de précaution face au dilemme*, p. 37

³⁸ Entre autres GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 126-127 ; GOSSEMENT, p. 19 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 176-177

³⁹ Cf. ch. 8, pt. 8.1.2

⁴⁰ VAN GRIETHUYSEN, p. 56-57 ; GEE, STIRLING, p. 95 et 101 ; cf. AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 199

⁴¹ Cf. ch. 3, pt. 3.3.3

⁴² Message du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (FF 2002 II 19), p. 125

⁴³ Cf. ch. 3, pt. 3.3.2

2.1.4. Les liens entre précaution et prudence

La précaution résulte d'une démarche de prudence, c'est là sa justification rationnelle et morale. Le lien entre précaution et prudence est souvent souligné, parce que la précaution, au même titre que la prévention, est l'une des formes ou expressions de cette valeur.⁴⁴ D'autres auteurs se méfient de ce rattachement : si la prudence est une obligation de nature générale, « le principe de précaution ne consiste pas à faire montre de davantage de prudence dans la prévention, voire à devenir précautionneux ».⁴⁵ On pourrait en effet tout aussi bien dire qu'il est imprudent de prendre des mesures en l'absence de certitude scientifique.

Le principe de précaution se distingue également de la prudence selon Aristote, vertu qui implique la connaissance de la nature humaine plutôt qu'un quelconque calcul des conséquences.⁴⁶ La prudence chez Aristote se rapproche néanmoins de la précaution par le fait qu'elle touche au lien entre éthique et politique ; c'est une sagesse pratique, une vertu collective qui pallie à l'absence de sagesse générale. Elle suppose de prendre la mesure des choses et exprime l'idée du refus de la démesure qui trouve écho dans la plupart des différentes sagesse anciennes et dans d'autres cultures. Elle vise « ce qui est bon pour soi-même et pour l'homme en général », ce qui n'est pas déductible mathématiquement mais résulte de l'expérience personnelle et collective.⁴⁷ Elle trouve à s'appliquer lorsque « la frontière du vrai et du faux, du bien et du mal n'apparaît pas clairement », en d'autres termes en situation d'incertitude.⁴⁸ Certains écrivent que la précaution est « une vision actualisée de la sagesse ancestrale qui préconise la prudence dans la conduite des activités humaines ».⁴⁹ Parce que, précisément, c'est par le « dédain moderne envers les questions de prudence », né du projet de l'être humain de se rendre « maître et possesseur de la nature », ainsi que de l'idée du progrès scientifique et technique illimité élevé au rang de religion, que renaît la question de la prudence.⁵⁰ Ainsi, sans se confondre avec la prudence qui est une notion plus large, le principe de précaution est une expression possible, longtemps méconnue, d'un agir social conforme à la prudence.⁵¹ En situation d'incertitude scientifique, adopter une attitude prudente consiste à agir de façon précoce en accordant plus de poids aux perspectives qui ne s'alignent pas sur un optimisme de façade. Cependant, à l'inverse de l'ancien concept de prudence qui se limitait à la question éthique, le principe de précaution aujourd'hui « évoque une question de survie humaine, qui dépasse par sa brutalité même la question éthique ».⁵² Nous verrons que cette « version actualisée de la

⁴⁴ Cf. KOURILSKY, p. 48-49 ; GOSSEMENT, p. 128, 132-136 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 190 ; KOURILSKI, VINEY, p. 21 et 211 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 17 ; VAN GRIETHUYSEN, p. 62-63, 66 ; DELANNOI, p. 11

⁴⁵ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 124 ; dans le même sens HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 18

⁴⁶ HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 18

⁴⁷ Sur le tout, DELANNOI, p. 13-14

⁴⁸ GOSSEMENT, p. 132

⁴⁹ VAN GRIETHUYSEN, p. 66

⁵⁰ Sur le tout, DELANNOI, p. 11-12

⁵¹ Cf. KOURILSKI, VINEY, p. 211

⁵² DELANNOI, p. 11

prudence ancestrale » amène des changements importants, voire même un changement de paradigme juridique en matière de prévention des risques.⁵³

Mentionnons enfin qu'un devoir de prudence existe depuis longtemps dans l'ordre juridique et se mesure, en droit civil et pénal, au critère de la personne avisée et prudente pour déterminer les omissions ou imprudences engageant la responsabilité de leurs auteurs.⁵⁴ Or, nous le constaterons, il est en règle générale difficile, à l'heure actuelle, d'inclure une obligation de mettre en œuvre le principe de précaution, en l'absence de norme spécifique, dans ce devoir de prudence traditionnellement rattaché à des risques prévisibles.⁵⁵

2.2. Les principes juridiques

Il faut maintenant examiner la notion de principe juridique, puisque la précaution est invoquée en tant que tel depuis plus d'une décennie à l'appui de mesures visant la protection de la santé, en droit de l'Union européenne et, de façon plus fugace, en droit international et en droit suisse. Dans notre ordre juridique, les juges se réfèrent parfois à un principe de précaution en matière de santé publique, sans que le principe ne figure explicitement dans la législation. Ainsi, avant de faire le point sur l'état du droit à cet égard⁵⁶, nous allons tenter de comprendre ce que sont les principes juridiques, comment ils naissent, quelles sont leurs fonctions, et comment situer le principe de précaution dans leur typologie.

2.2.1. Notion

Les principes juridiques sont également appelés principes généraux du droit, ou principes généraux de droit s'ils sont propres à un domaine spécifique.⁵⁷ Selon certains auteurs, les principes juridiques sont qualifiés de principes généraux précisément en raison de leur généralité, cette dernière se rapportant soit au degré d'indétermination de leur formulation⁵⁸, soit au fait que, contrairement aux règles de droit qui se situent dans une branche déterminée du droit, les principes sont en dehors, « comme en position de surplomb ».⁵⁹ Selon d'autres auteurs, les règles de droit pouvant être tout aussi indéterminées que les principes, c'est plutôt leur mode de fonctionnement qui distingue ces deux types de normes⁶⁰, raison pour laquelle l'adjectif général est parfois omis.⁶¹

⁵³ Ch. 3

⁵⁴ MANAI, p. 103

⁵⁵ Ch. 3, pts. 3.3.4 et 3.3.5

⁵⁶ Ch. 4 et 5

⁵⁷ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 723

⁵⁸ ALEXY, p. 73

⁵⁹ DELMAS-MARTY, p. 83

⁶⁰ MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 265 ; ALEXY, p. 75-77

⁶¹ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 723

Un principe juridique peut être défini comme une « règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ». ⁶² Les principes juridiques sont hiérarchiquement supérieurs à d'autres normes du droit positif ; ils constituent les fondements de l'édifice juridique. ⁶³ La supériorité des principes résulte également de leur « antériorité logique » dans le raisonnement juridique. ⁶⁴ Par ailleurs, la fonction normative d'un principe juridique distingue celui-ci d'un principe politique : lorsque des textes de droit mentionnent des principes, il peut s'agir également de simples constats, recommandations ou énoncés de valeurs ; ces derniers n'ont pas de force obligatoire bien que nommés principes, parfois même principes directeurs ou principes généraux. ⁶⁵ En effet, tant les principes juridiques que les règles de droit ont des effets obligatoires : ce sont des normes. ⁶⁶

Au sein de cette acception large de la notion de principe juridique, on peut distinguer différentes catégories pas toujours faciles à délimiter ; les principes formeraient « un défi à tout effort de classification » et produiraient même une « surprenante cacophonie »... ⁶⁷ Tout d'abord, ils « échappent à la division entre droit écrit et droit non écrit » ⁶⁸ : parfois ils figurent explicitement dans le préambule ou dans le corps d'un texte juridique, d'autres fois c'est le juge qui les énonce en leur donnant une valeur constitutionnelle ou légale. ⁶⁹ Les principes peuvent donc être des normes fondamentales non écrites permettant au juge de trancher une question juridique en cas de lacune du droit écrit. ⁷⁰ S'en distinguent les principes directeurs (notion élaborée dans le cadre de l'analyse de la postmodernité du droit ⁷¹), de rang constitutionnel ou législatif, qui sont « consacrés explicitement ou implicitement par le droit positif ». ⁷² Certains principes généraux font du reste aussi partie du droit écrit (comme par exemple, en droit suisse, le principe de l'égalité de traitement ou celui de la proportionnalité), ce qui ne facilite pas leur catégorisation sur la base de ce seul critère. Par ailleurs, alors que les principes juridiques ont pour fonction de surdéterminer les choix du législateur et du juge (donc de constituer l'une des motivations de leurs choix), les principes directeurs prescrivent explicitement une direction à l'interprète du droit par référence à des valeurs extérieures à la sphère juridique. ⁷³ Dès lors, si ce qui distingue les principes directeurs est le fait qu'ils résultent du choix explicite ou implicite du législateur ou du constituant dans un

⁶² CORNU, p. 706 ; cf. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 88

⁶³ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 252

⁶⁴ MORAND, *La légalité de la légalité*, p. 197

⁶⁵ GOSSEMENT, p. 112

⁶⁶ ALEXY, p. 72 ; cf. ci-dessous, pt. 2.2.2

⁶⁷ DELMAS-MARTY, p. 84

⁶⁸ Idem

⁶⁹ Idem ; MODERNE, *Actualité des principes généraux*, p. 496 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 247

⁷⁰ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 83

⁷¹ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 739

⁷² MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 83 ; dans le même DELMAS-MARTY, p. 132-133, qui considère que des principes directeurs non écrits s'observent là où le droit écrit est peu développé, comme en droit administratif, le juge faisant alors œuvre quasi législative

⁷³ DELMAS-MARTY, p. 131 et 138

domaine déterminé, les fonctions essentielles des principes juridiques dans le droit postmoderne ne semblent pas substantiellement différentes de celles des principes généraux.⁷⁴

Notons également que lorsque les principes juridiques ont rang de loi, certains auteurs proposent d'utiliser le terme de règle générale⁷⁵, ou d'institution générale, parce qu'ils constituent une « concrétisation de technique juridique d'une valeur » plutôt que l'expression d'une valeur.⁷⁶ Il s'agit, par exemple, de normes concernant la prescription, les intérêts moratoires, la restitution de l'indu⁷⁷ ; on peut ranger dans cette catégorie les principes dont la fonction est simplement d'orienter le raisonnement juridique, comme les principes d'interprétation ou les principes logiques qui président à l'application du droit.⁷⁸ Les principes dits fondamentaux, eux, sont dégagés de l'ensemble des valeurs constitutionnelles et confèrent une unité à l'ordre juridique, comme les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement : « en tant que normes, ils constituent l'expression juridique directe de certaines valeurs fondamentales d'un modèle déterminé d'organisation politique et sociale ».⁷⁹ Au sein de cette catégorie, on trouve également les principes structurels qui déterminent l'organisation de l'État et son fondement politique, comme les principes de l'État fédéral, de la démocratie semi-directe ou de l'État social.⁸⁰ Ajoutons que les principes de rang constitutionnel sont rattachés à un texte de valeur constitutionnelle (par exemple la Convention européenne des Droits de l'Homme ou le préambule d'une Constitution), alors que les autres principes sont applicables même en l'absence de rattachement à un texte.⁸¹ S'opposent à ces principes fondamentaux, aux traditionnels « grands principes », les principes juridiques qui concernent un domaine déterminé du droit ; on peut également qualifier ces derniers de principes généraux, de rang légal ou constitutionnel, et ils ont la même valeur juridique que les principes traditionnels.⁸² Il apparaît que les principes directeurs peuvent être des principes de rang constitutionnel sans être véritablement des principes fondamentaux, car ils ne se dégagent pas de l'ensemble des valeurs constitutionnelles mais seulement d'une partie d'entre elles. Par ailleurs, la notion de principe général propre à un domaine spécifique et celle de principe directeur ne se recoupent pas entièrement, puisque leur origine diffère : jurisprudentielle pour les uns, législative ou constitutionnelle pour les autres.

⁷⁴ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 742 ; sur la fonction des principes juridiques, cf. ci-dessous, pt. 2.2.3

⁷⁵ TSCHANNEN, ZIMMERLI, MÜLLER, p. 107

⁷⁶ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 58

⁷⁷ TSCHANNEN, ZIMMERLI, MÜLLER, p. 107-108

⁷⁸ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 62

⁷⁹ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 61-63

⁸⁰ EICHENBERGER, p. 36-44

⁸¹ MODERNE, *Actualité des principes généraux*, p. 499 ; cette analyse relative au droit français nous semble pouvoir s'appliquer au droit suisse

⁸² Idem, p. 509

2.2.2. L'effet normatif des principes

La compréhension de la notion de principe juridique devient (encore) plus ardue du fait que, selon certains auteurs, il y a des principes juridiques qui n'ont pas d'effet normatif, alors que nous avons précisément opposé les principes juridiques aux principes politiques pour le motif que les uns ont force obligatoire et pas les autres. Franck MODERNE cite en particulier un auteur espagnol, PÉREZ LUÑOS, qui distingue les catégories suivantes : d'une part, les principes généraux du droit qui englobent les normes, « dont la fonction est liée à la connaissance du droit positif qu'ils éclairent et informent en fournissant aux usagers et interprètes du droit les éléments logiques ou technico-formels susceptibles de contribuer à la compréhension et par là même à l'application et à l'évolution du droit positif ». D'autre part, les principes généraux du droit comme normes, « qui font partie des règles du droit et doivent être ontologiquement rapprochées des autres énoncés normatifs (leur formulation peut être expresse ou tacite) ». Enfin, les principes généraux qui contiennent des concepts à dimension axiologique, « postulats éthiques porteurs de valeurs de base qui inspirent l'ordre juridique dans son ensemble ». Il est ensuite ajouté que la classification des principes n'est pas aisée et qu'il est possible qu'un même principe revête différentes de ces fonctions.⁸³ Le principe de précaution précisément nous semble susceptible d'entrer dans ces trois catégories, qui paraissent relever, selon la terminologie que nous employons, plutôt du caractère directement applicable que de l'effet normatif. Franck MODERNE écrit d'ailleurs qu'une taxinomie appropriée à la réalité juridique est difficile et que la pluralité des principes généraux du droit dans les ordres juridiques nationaux ressemble à une nébuleuse, « où brillent plus intensément quelques astres ».⁸⁴

Mentionnons également le fait que l'indétermination d'une norme diminue son caractère « pleinement juridique », sans pourtant l'annuler.⁸⁵ Comme les conséquences de la mise en oeuvre des principes juridiques ne sont pas prédéterminées, ils sont caractérisés par une moindre force contraignante.⁸⁶ Les principes laissent en effet aux autorités une marge d'appréciation importante ; bien plus, ils comportent en eux-mêmes la possibilité de ne pas être appliqués.⁸⁷ Si, par exemple, le résultat de la mise en oeuvre d'un principe paraît disproportionnée dans un cas concret, l'autorité pourra se contenter de motiver pourquoi elle n'y recourt pas, ce qui n'est pas envisageable lorsqu'une règle de droit lie les destinataires de la norme par un contenu précis et univoque.

Par ailleurs, selon certains auteurs, les principes directeurs (au nombre desquels, nous le verrons, le principe de précaution en droit de l'environnement) auraient une normativité moindre que les principes généraux car, utilisés dans le contexte des politiques publiques, ils impliquent de tenir compte des intérêts divergents en présence, ou de recourir à la négociation et à l'incitation plutôt qu'à l'application unilatérale du droit. Contrairement aux principes généraux qui permettent de supplanter une norme écrite de rang inférieur, les principes directeurs, plus modestement, orienteraient les

⁸³ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 724

⁸⁴ Idem, p. 723

⁸⁵ DELMAS-MARTY, p. 118

⁸⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 247-248, 393 et 399

⁸⁷ Idem, p. 238-239

pouvoirs publics sans leur imposer une ligne de conduite, à moins qu'ils n'acquièrent, par la voie de la consécration jurisprudentielle, le statut de principe général.⁸⁸ Une telle distinction de degré de normativité entre principe directeur et principe général peut sembler plausible, puisqu'il arrive qu'un principe formulé par le législateur uniquement en tête d'une loi ne soit que peu respecté dans les dispositions qui suivent.⁸⁹ Cependant, certains de ces principes à première vue non obligatoires sont utilisés par les tribunaux dans le cadre de l'interprétation du droit, ce qui dénote tout de même leur caractère juridique, donc obligatoire.⁹⁰ En outre, la prise en compte d'intérêts antagonistes ajoutée à une normativité moindre est le lot de tous les principes juridiques, en raison de leur indétermination. L'affirmation de la normativité limitée des principes directeurs est ainsi sujette à questionnement : il semble que ce soit plutôt du rang, légal ou constitutionnel, attribué à un principe juridique que dépend la possibilité pour celui-ci de supplanter une autre norme écrite (sous réserve, en Suisse, de l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, art. 190 Cst.⁹¹), et c'est sans doute au cas par cas que le degré de normativité des principes peut être évalué. D'après Charles-Albert MORAND, la délimitation entre principe directeur et principe dépourvu de force obligatoire est d'ailleurs très délicate : il y a des principes qui sont considérés comme obligatoires dans certains ordres juridiques mais pas dans d'autres, et leur perception comme étant impératifs ou non évolue.⁹²

Cet auteur émet l'hypothèse que l'émergence d'instruments d'action souples comme les principes s'explique par la présence, dans nos sociétés « polyarchiques », de systèmes sociaux (économie, science, culture, par exemple) toujours plus spécifiques, autonomes et fermés, que l'État ne parvient plus à gouverner de façon unilatérale. L'État fait, au mieux, figure de *primus inter pares* parmi les systèmes qui gouvernent le monde, et il doit s'y adapter, composer, se contenter de solutions négociées.⁹³ L'auteur poursuit avec le constat que « les règles conviennent bien lorsqu'il s'agit de cadrer de loin les relations humaines ; dès que l'on veut agir en profondeur sur des structures autonomes pour les diriger, on est condamné à faire appel aux principes ». ⁹⁴ Principes qui, pour indéterminés qu'ils soient, n'en demeurent pas moins obligatoires – donc juridiques –, mais d'une façon qui leur est propre. Nous y venons.

⁸⁸ DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution*, p. 552

⁸⁹ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 168, qui mentionne le principe du pollueur-payeur

⁹⁰ Idem

⁹¹ Cf. AUBERT, MAHON, p. 1453ss

⁹² MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 167-169

⁹³ MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 264

⁹⁴ Idem, p. 268

2.2.3. Le rôle et le fonctionnement des principes juridiques

Les principes juridiques se caractérisent par une grande diversité, tant par leur rang, leur origine, que par leurs fonctions. Ils peuvent tout d'abord inspirer le législateur et l'interprète du droit, donc légitimer et donner un sens à une norme, et orienter le droit positif.⁹⁵ C'est pourquoi l'énonciation de nouveaux principes crée une dynamique de réformes.⁹⁶ La fonction des principes juridiques est également de combler des lacunes⁹⁷, de résoudre les antinomies, et de favoriser en cela l'harmonisation, l'unité, la rationalisation et la structuration du droit écrit. Les principes assurent donc la cohérence et la complétude du droit et jouent « dans le processus de rationalisation des droits étatiques contemporains [...] un rôle éminent, sinon déterminant ».⁹⁸ Cela fonde, avec l'autorité de celui qui élabore ce type de normes, la légitimité du recours aux principes juridiques.⁹⁹

De façon plus générale, les principes juridiques ont, nous l'avons évoqué, une fonction normative, c'est à dire qu'ils s'imposent obligatoirement à leurs destinataires, mais plus souplement que les règles de droit. « Du point de vue normatif, le principe juridique est donc assimilé à la règle juridique, c'est-à-dire à une proposition posant des obligations ou créant des droits, dont la violation est (sauf circonstances excluant l'illicéité) un fait illicite susceptible d'entraîner la responsabilité du sujet auquel est imputable ce fait ».¹⁰⁰ Les principes juridiques peuvent en outre revêtir une fonction axiologique, c'est-à-dire incorporer certaines valeurs dans le système juridique.¹⁰¹ Mireille DELMAS-MARTY écrit que les principes généraux du droit s'élaborent et se nourrissent du champ symbolique des valeurs, et qu'ils sont comme une conscience juridique commune qui inspire la détermination du sens des règles de droit et limite le pouvoir discrétionnaire tant de l'émetteur que du récepteur de la norme.¹⁰² D'ailleurs, la mise en balance de différents principes correspond à celle, nous le verrons, de différents intérêts, termes que l'on peut remplacer par celui de valeurs.¹⁰³ Rappelons cependant que tous les principes juridiques ne sont pas d'inspiration morale, puisque certains relèvent de la technique juridique ou de la philosophie politique.¹⁰⁴ Quoi qu'il en soit, le mélange

⁹⁵ MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 4

⁹⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 393

⁹⁷ Cf. par exemple l'ATF 125 II 591, cons. 5e/aa. Dans cette affaire, les juges ont examiné la conformité à la loi d'une autorisation pour le nettoyage du bassin d'une installation de production d'énergie. Comme la loi applicable ne prévoyait pas de réglementation transitoire concernant une nouvelle disposition, les juges estimèrent que « die Frage des anwendbaren Rechts nach allgemeinen Prinzipien zu entscheiden ist »

⁹⁸ Sur le tout, MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 728 et 730

⁹⁹ Idem

¹⁰⁰ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 168 ; dans ce sens également MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 723 ; DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, p. 95-96 ; ALEXI, p. 72

¹⁰¹ RAZ, p. 841

¹⁰² DELMAS-MARTY, p. 78 et 82

¹⁰³ ALEXI, p. 125 ; cet auteur explique plus loin (p. 126-127) la différence entre principes et valeurs que l'on peut résumer ainsi : les premiers expriment ce qui doit être, alors que les secondes expriment ce qui est bien

¹⁰⁴ DELMAS-MARTY, p. 83

entre droit et éthique est aujourd'hui généralement admis et illustré par l'image de deux cercles sécants, qui se recouvrent notamment lorsque la réglementation juridique répond au donné moral, comme les libertés publiques qui recouvrent l'exigence morale contenue dans les droits de l'homme.¹⁰⁵ Il est intéressant de mentionner que les relations entre droit et morale ne sont pas à sens unique, et que même si traditionnellement le droit est censé être inspiré de l'éthique, le rapport inverse existe également.¹⁰⁶ Michel VAN DE KERCHOVE et François OST relèvent en outre que le recours à des critères axiologiques est important, voire déterminant, dans l'admission de la validité des principes généraux du droit. Dans le cas de l'élaboration d'un principe juridique à l'aide d'un raisonnement par analogie ou d'une induction amplifiante, opération de généralisation à partir de règles du droit positif en vigueur (comme ce fut le cas, nous le verrons, lors de l'extension du champ d'application du principe de précaution à la santé publique), ces raisonnements sont également fondés sur des valeurs : le juge fait, d'une part, un jugement de valeur sur l'égalité des faits comparés, et, d'autre part, une analyse de type téléologique.¹⁰⁷

Par ailleurs, dans le cadre de l'analyse de la postmodernité du droit, le rôle des principes directeurs a été mis en évidence comme permettant aux autorités publiques de remplir leurs mandats dans un monde complexe, changeant, multiple, incertain. En effet, « la flexibilisation du droit se manifeste tout particulièrement par le recours aux principes ».¹⁰⁸ Leur fonction est aussi d'assurer la compatibilité de valeurs et d'intérêts complémentaires ou contradictoires : horizontalement entre plusieurs législations finalisées, et verticalement entre les politiques publiques supranationales, nationales et régionales, puisque les principes s'harmonisent et que certains d'entre eux laissent parfois la place prépondérante, momentanément, à d'autres principes relevant d'ordres juridiques pas forcément supérieurs hiérarchiquement.¹⁰⁹

La notion de principe a fait l'objet de célèbres écrits de Ronald DWORKIN qui a montré les différences de fonctionnement entre principes et règles de droit. Celles-ci sont applicables « dans un style tout ou rien » : lorsqu'une règle est applicable à un état de fait, alors elle doit être appliquée ; dans le cas contraire, elle sera considérée comme non valide dans le cas d'espèce. Les principes, par contre, ne présentent pas de conséquences juridiques découlant automatiquement de leur mise en œuvre, mais indiquent des orientations générales, des directives auxquelles le droit positif doit être conforme. Les principes demeurent ainsi toujours valides, mais se voient attribuer un poids relatif lorsque plusieurs d'entre eux entrent en conflit dans un cas d'espèce.¹¹⁰

¹⁰⁵ VAN DE KERCHOVE, OST, p. 177

¹⁰⁶ Idem, p. 178

¹⁰⁷ Idem, p. 93

¹⁰⁸ MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 262

¹⁰⁹ Idem, p. 266 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 189-193 ; DELMAS-MARTY, p. 103-105 et 134-135

¹¹⁰ DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, p. 79-87 ; MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 59 ; nous ne mentionnons pas ici les controverses qu'ont suscité les théories de Ronald DWORKIN, parce qu'étant reprises par de nombreux auteurs, ses thèses relatives à la distinction entre principe et règle de droit semblent malgré tout, dans l'ensemble, faire l'objet d'un large consensus. Pour un résumé des critiques émises par Joseph RAZ, cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 234

Selon Charles-Albert MORAND, les règles de droit sont de l'ordre du tout ou rien plutôt parce qu'elles sont applicables si les conditions prévues par elles sont remplies, alors qu'elles ne le sont pas si toutes les conditions ne sont pas réunies, plusieurs règles contradictoires ne pouvant subsister ; des principes opposés, au contraire, peuvent coexister.¹¹¹ Cet auteur reprend la distinction entre règle de droit et principe opérée par Ronald DWORKIN, et précise : « les règles prescrivent ce que les particuliers et les autorités doivent faire. Combinées avec d'autres règles, elles forment un ensemble complet de règles primaires régissant le comportement des particuliers et de règles secondaires permettant de reconnaître ces règles, de les transformer. Les principes se contentent d'orienter les comportements. Ils ne comportent pas à proprement parler de règles primaires, parce qu'ils ne disent pas précisément ce que les particuliers doivent faire. Ce n'est qu'à la suite d'un long processus de concrétisation que les principes permettent de donner une solution à un litige concret ». ¹¹² Les principes ne réglementent pas entièrement un état de fait mais aménagent « un vide », un espace où le pouvoir d'appréciation de l'administration ou du juge pourra s'exercer.¹¹³ Il s'ensuit que les principes ne donnent pas lieu à une seule interprétation exacte ; d'autres préceptes que ceux ayant trait à l'interprétation guideront l'exercice du pouvoir d'appréciation généré par les principes.¹¹⁴ Dans le même ordre d'idées, Robert ALEXY affirme que la différence entre règle de droit et principe est d'ordre qualitatif. Les principes indiquent ce qu'il faut faire de façon relative : ce sont des commandements d'optimisation pouvant être réalisés plus ou moins intensément. Leur réalisation dépend des circonstances de fait (les possibilités réelles) et juridiques (les principes et les règles contraires). Les conséquences juridiques prévues par les règles de droit doivent au contraire s'appliquer telles quelles : elles déterminent une situation dans le champ des possibilités tant juridiques que réelles.¹¹⁵

Si donc tant les règles de droit que les principes juridiques ont un contenu normatif, les principes, contrairement aux règles de droit, ne permettent pas de prendre des décisions par voie déductive mais doivent être confrontés à d'autres principes, parfois contradictoires, pour qu'une solution puisse être donnée dans un cas d'espèce. On peut dire que les règles de droit ont un caractère absolu, puisque les conséquences juridiquement prévues par elles doivent se produire, et que les principes ont un caractère relatif, puisque leur mise en œuvre dépend dans une large mesure des circonstances.¹¹⁶ Ainsi, la prise en compte d'autres principes, par exemple celui de la proportionnalité, est un élément caractéristique de la mise en œuvre des principes juridiques. C'est le juge, en cas de contradiction, qui détermine celui qui l'emporte par une mise en balance des intérêts en présence¹¹⁷ ; d'ailleurs, les libertés et dispositions consacrant des intérêts

¹¹¹ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 59

¹¹² MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 265

¹¹³ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 60

¹¹⁴ Idem, p. 61

¹¹⁵ ALEXY, p. 75-76

¹¹⁶ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 84 ; MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 265

¹¹⁷ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 59-60 ; ALEXY, p. 77-85

publics ne sont pas hiérarchisées et doivent être coordonnées.¹¹⁸ Les principes occupent un espace juridique variable : « comme le gaz, ils sont susceptibles de se contracter ou de se dilater en fonction des circonstances dans lesquelles ils interviennent ».¹¹⁹

Notons enfin que l'opposition entre règle et principe doit être nuancée pour différentes raisons. Tout d'abord, leur distinction se caractérise par une zone grise et il peut être difficile de ranger une norme dans l'une de ces catégories en fonction de son degré d'indétermination. Ensuite, et même en présence d'un principe, l'administration ou le juge devra trancher dans le cas particulier, c'est-à-dire concrétiser le principe en établissant une règle individuelle et concrète qui permette de répondre à la question juridique posée. Enfin, si les règles impliquent une marge d'interprétation plus faible que les principes, cette marge d'interprétation n'en est pas moins réelle ; la différence réside alors dans le fait que le vide laissé par les principes ne peut être uniquement comblé par la mise en oeuvre des préceptes habituels d'interprétation.¹²⁰

2.2.4 L'émergence des principes juridiques ou l'extension de leur champ d'application

Nous avons vu que les principes juridiques peuvent figurer dans le droit écrit, dans la Constitution ou dans une loi, ou faire partie du droit non écrit et être uniquement consacrés par la jurisprudence. C'est le constituant, le législateur ou le juge qui sont à leur origine, et parfois des principes dégagés par le juge, de rang constitutionnel ou légal, sont par la suite expressément introduits dans le droit écrit. Ce dernier cas de figure nous intéresse particulièrement, puisque l'extension du champ d'application du principe de précaution au domaine de la santé publique a une source souvent jurisprudentielle.¹²¹

A. Interprétation ou comblement de lacune ?

Lorsque le juge proclame l'existence d'un nouveau principe ou étend le champ d'application d'un principe existant, on peut y voir soit le comblement d'une lacune du droit, soit l'interprétation d'une notion juridique indéterminée. Entre ces deux actes, la nuance est subtile, parfois même indiscernable, et a donné lieu à de nombreux développements et controverses.¹²² Sans entrer dans les détails, nous nous contentons de mentionner que selon certains auteurs et la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, une véritable lacune n'existe que lorsque la loi en soi applicable ne donne aucun élément de réponse, même implicite, à une question juridique qui doit être tranchée.¹²³ Selon d'autres auteurs, il faudrait plutôt réserver la notion d'interprétation aux interprétations qui ne vont pas au delà de la lettre de la loi, et assimiler les interprétations extensives ainsi que les raisonnements par analogie au comblement de

¹¹⁸ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 390-391

¹¹⁹ MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible*, p. 266-267

¹²⁰ Sur le tout, MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 60-61

¹²¹ Cf. ch. 5

¹²² À ce sujet, HUTTER, p. 177-185 ; BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, p. 75-76

¹²³ ATF 125 V 8, cons. 3 ; GYGI, *Von Anfang und Ende der Rechtsfindung*, p. 77 et 79 ; dans ce sens également HÄFELIN, MÜLLER, UHLMANN, p. 45

lacune.¹²⁴ Cela ne résout d'ailleurs pas toutes les questions de délimitation, puisque le sens d'une disposition légale n'est pas toujours clair et qu'il est parfois difficile de savoir si la concrétisation de notions indéterminées reste véritablement fidèle à la lettre de la disposition en cause.

Rappelons que le juge doit interpréter les dispositions légales qu'il applique, c'est à dire déterminer leur sens, surtout si elles sont peu claires ou polysémiques.¹²⁵ Il doit donc aussi, le cas échéant, concrétiser les notions indéterminées et actualiser le sens d'une norme lorsque la situation à laquelle elle s'applique a profondément changé.¹²⁶ Mais la tâche du juge ne s'arrête pas là : il est également habilité à combler les lacunes du droit, qu'il s'agisse de droit constitutionnel, administratif, privé ou pénal – il doit même le faire, en raison de l'interdiction du déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.).¹²⁷ Mais tout silence de la loi n'est bien évidemment pas une lacune : il peut s'agir d'un silence qualifié, absence de réglementation voulue par le législateur.¹²⁸ Par ailleurs, il est généralement admis qu'une règle importante, de type stratégique ou politiquement controversée (comme la politique en matière de drogue, d'aide au suicide, ou concernant le statut de l'embryon humain¹²⁹), devrait être élaborée par le législateur.¹³⁰ Le juge sera toutefois assimilé à ce dernier lorsqu'il comble une lacune en énonçant une norme générale et abstraite ayant vocation à s'appliquer ultérieurement dans des cas semblables (cf. art. 1 al. 2 du Code civil suisse [CC]¹³¹ déclaré applicable par analogie au droit administratif¹³²), ce qu'il ne fait que prudemment, notamment par le biais du raisonnement par analogie.¹³³

¹²⁴ HÄFELIN, *Zur Lückenfüllung*, p. 121-123

¹²⁵ GYGI, *Von Anfang und Ende der Rechtsfindung*, p. 76

¹²⁶ Idem, p. 78-79 ; BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, p. 90-93 ; MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 125-126

¹²⁷ Aujourd'hui, l'aptitude du juge à compléter le droit constitutionnel et administratif notamment, donc à créer du droit, semble généralement admise ; cf. par exemple les ATF 131 II 562, cons. 3.5, et 128 I 34, cons. 3b ; également HUTTER, p. 50 ; BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, p. 89, et, entre autres, MEIER-HAYOZ, *Strategische und taktische Aspekte*, p. 417 ; KNAPP, *Précis de droit administratif*, p. 94 ; GRISEL, *Traité de droit administratif*, p. 95 et 101

¹²⁸ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 145

¹²⁹ Cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause *Vo c. France* du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00, dans lequel la Cour a estimé que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États

¹³⁰ BIAGGINI, *Methodik*, p. 40 ; MEIER-HAYOZ, *Strategische und taktische Aspekte*, p. 420-423 ; ATF 124 IV 274, cons. 3b ; arrêt du TF du 1^{er} avril 2009, 2C_839/2008, cons. 3.2.2

¹³¹ RS 210

¹³² ATF 122 I 253, cons. 6a ; 97 I 353, cons. 1a ; 90 I 137, cons. 3 ; BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, p. 93-94 ; également Moor, *Droit administratif. Volume I*, p. 155

¹³³ Sur le tout, HUTTER, p. 101-104 ; selon l'ATF 126 II 54, cons. 7, le juge, pour combler les lacunes du droit, statue selon des règles semblables ou, s'il n'y en a pas, selon les principes généraux du droit ; dans l'ATF 105 Ib 94, cons. 6b, le Tribunal fédéral écrit : « [Le Tribunal fédéral doit] se limiter aux règles qui sont indispensables pour résoudre le problème concret que pose le présent litige sans pousser plus loin son examen »

B. Le raisonnement du juge

Lorsque c'est le juge qui énonce des nouveaux principes ou étend leur champ d'application, son travail consiste à les « extraire » ou à les « dégager » du droit positif, il ne les invente pas.¹³⁴ Il doit tout d'abord analyser le ou les textes en cause, les interpréter, afin de mesurer les silences de la loi et donc la marge de manœuvre qui lui revient. Ensuite, il tentera de découvrir, à partir du droit écrit, les buts, les règles implicites et les enjeux de la réglementation.¹³⁵ Puis, pour répondre à la question qui se pose dans le cas d'espèce, le juge en viendra peut-être à combler une lacune ; il doit alors s'inspirer des buts de la loi et des principes généraux, afin que l'édifice des valeurs présentes dans l'ordre juridique soit respecté.¹³⁶ Sa tâche sera de concrétiser l'esprit du texte lacunaire, de se mouvoir dans son cadre, tout en tenant compte de l'ensemble du droit positif. Selon l'article 1 alinéa 2 CC, une lacune doit être comblée *modo legislatoris* par l'énonciation d'une norme générale et abstraite, indépendamment toutefois, tant que faire se peut, de toute conviction politique. Le juge s'inspire pour cela des valeurs et de la pesée des intérêts qui sous-tendent le texte en question dans son ensemble, sans oublier les « réalités de la vie ».¹³⁷ Sa solution doit en premier lieu être conforme à l'idée de justice, être éthiquement défendable ; elle doit également être praticable, réaliste. Finalement, le juge garantira autant que possible la sécurité juridique, c'est-à-dire la prévisibilité du droit, et ne modifiera pas à la légère une solution précédemment trouvée.¹³⁸ La frontière entre interprétation et comblement de lacune étant floue, il est tout à fait possible de rencontrer dans la jurisprudence un raisonnement qui s'apparente au comblement de lacune sans pourtant énoncer une norme générale et abstraite. En tout état de cause, il est important, on le devine, de ne pas nier l'important pouvoir créateur du juge notamment dans l'élaboration de principes.¹³⁹

Dans ce cadre, pour élaborer un principe juridique ou étendre le champ d'application d'un principe existant, le juge peut soit procéder à une amplification (ou induction amplifiante), qui consiste à généraliser des dispositions particulières pour les étendre à des hypothèses non prévues, soit recourir au raisonnement par analogie, c'est-à-dire associer des hypothèses concrètes.¹⁴⁰ La force de conviction de ce dernier raisonnement

¹³⁴ DELMAS-MARTY, p. 85

¹³⁵ VAN DE KERCHOVE, OST, p. 138

¹³⁶ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 182 ; BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 65 ; ATF 125 II 591, cons. 5.e/aa ; 123 III 292, cons. 2.e/aa

¹³⁷ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 158 ; également SCHLUEP, p. 204-205

¹³⁸ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 159-161 ; sur le tout également l'ATF 126 III 129, cons. 4

¹³⁹ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 73 ; cet auteur s'oppose à la thèse de DWORKIN, d'après qui le juge ne ferait que déduire, selon le principe de l'unité du droit, des principes préexistants dans l'ordre juridique en tenant compte de la structure politique et de la doctrine juridique de sa communauté (cf. DWORKIN, *La chaîne du droit*, en particulier p. 68)

¹⁴⁰ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 731 ; certains auteurs ne mentionnent que la méthode de l'induction amplifiante ; il nous semble que le raisonnement par analogie peut être compris dans cette catégorie, puisqu'il s'agit dans les deux cas de généraliser une norme afin de l'appliquer à des autres situations que celle prévue initialement

repose, c'est évident, sur l'analogie retenue.¹⁴¹ Selon Henri DESCHENAUX, c'est plus précisément dans les intérêts en conflit que les similitudes de situations doivent être recherchées.¹⁴² La méthode de l'analogie serait l'instrument privilégié pour combler des lacunes¹⁴³ : selon le Tribunal fédéral, « die Lückenfüllung ist [...] auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann ».¹⁴⁴ Concrètement, cette « Rechtsanalogie » donnera lieu à un raisonnement par amplification, puisque l'esprit du droit n'est pas évanescent et s'incarne forcément, ponctuellement, dans le droit positif. Notons que la formulation utilisée par le Tribunal fédéral reflète bien l'espace de liberté où se situe alors le juge, appelé aussi libre détermination du droit (« freie Rechtsfindung »).¹⁴⁵ Il faut enfin préciser que l'œuvre créatrice du juge, qu'il s'agisse d'interprétation ou de comblement de lacune, peut également trouver un ancrage dans le droit comparé lorsque l'interprétation du droit suisse ne suffit pas, en particulier là où se posent des questions de politique économique et qu'une position juridique isolée aurait un impact négatif sur le commerce international, mais également dans d'autres domaines internationalisés ou harmonisés, même de façon autonome, avec le droit de l'Union européenne.¹⁴⁶ Nous verrons par la suite l'importance que cette démarche a sans doute eue lors de l'extension, en Suisse, du champ d'application du principe de précaution.¹⁴⁷

2.2.5 Conséquences de l'affirmation de nouveaux principes

L'ensemble de cette activité créatrice, consistant à la fois en inductions et en déductions, permet au juge « de découvrir les grands principes qui forment les articulations majeures des lois ».¹⁴⁸ L'affirmation d'un principe par le juge ne sera pas forcément sans surprise : il s'agit parfois de s'adapter à un besoin imprévu de la vie sociale que la législation n'appréhende pas. La jurisprudence, « mouvante et particulière », permet d'expérimenter des solutions nouvelles.¹⁴⁹

Selon Nicolas DE SADELEER, l'apparition de nouveaux principes implique des modifications parfois substantielles du droit positif. En ce qui concerne le principe de précaution, ces modifications pourraient être importantes dans la mesure où il repose sur des postulats différents du principe de prévention.¹⁵⁰ Selon cet auteur, le principe de précaution en droit de l'environnement, tout comme les autres principes du droit de

¹⁴¹ STEINAUER, p. 47 et 49

¹⁴² DESCHENAUX, p. 41

¹⁴³ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 164

¹⁴⁴ ATF 126 III 129, cons. 4

¹⁴⁵ MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 165

¹⁴⁶ ATF 129 II 335, cons. 6 ; 126 III 129, cons. 4 ; cf. MEIER-HAYOZ, *Commentaire ad art. 1 CC*, p. 173-174 ; KUNZ, p. 42-44 ; PROBST, p. 22ss

¹⁴⁷ Cf. ch. 5, pt. 5.3.4. et ch. 6, pt. 6.2.1

¹⁴⁸ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 63

¹⁴⁹ VAN DE KERCHOVE, OST, p. 173-174 ; DELMAS-MARTY, p. 85

¹⁵⁰ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 190 ; dans le même sens JÉGOUZO, p. 216

l'environnement, vise principalement « à promouvoir les réformes qui s'avèrent nécessaires pour faire face aux nouveaux défis », et favorise l'évolution du droit.¹⁵¹ L'impact premier de l'émergence d'un principe est sans doute la contribution à la structuration et à la rationalisation du système juridique où il éclot¹⁵², et cela par le biais de l'interprétation téléologique du droit.¹⁵³ Nous avons vu que les principes expriment les valeurs ou idées phares d'un système juridique. Le rattachement de règles de droit à des principes, dans un domaine déterminé, enrichit l'interprétation du droit : le juge est incité par ce biais à faire preuve de davantage de pragmatisme afin que la solution au litige soit en adéquation avec l'objectif recherché par le législateur et les valeurs qui le sous-tendent, et plus seulement avec la formule légale. C'est ainsi que l'on passe de l'idée d'une « justice legaliste », attachée à la lettre de la loi et au raisonnement logique, à une « justice téléologique », où le juge devient l'interprète de l'ensemble du système juridique en « se servant de la loi sans pour autant y être asservi ».¹⁵⁴ Le droit y gagne en rationalité et en cohérence, puisque tant la réglementation que son application s'élaborent en référence aux principes. L'importance de la démarche téléologique, c'est à dire du rattachement au sens et au but de la loi, tant dans l'interprétation du droit que dans le comblement de lacunes, serait ainsi renforcée par l'émergence (ou l'extension du champ d'application) de principes juridiques. En matière de protection de l'environnement, la méthode d'interprétation téléologique devrait permettre aux intérêts environnementaux d'acquérir plus de poids lorsqu'ils sont en conflit avec d'autres intérêts.¹⁵⁵ Nous avons vu que les principes ont par ailleurs une fonction de légitimation des politiques publiques ; ce serait une autre conséquence de l'apparition de nouveaux principes. Ceux-ci favorisent en outre le débat sur les valeurs qu'ils véhiculent. Les nouveaux principes sont enfin un facteur de dynamisme du droit : dès lors qu'apparus au grand jour, ils influencent de manière souple l'essor du droit. Ils lui permettent de s'adapter à des réalités nouvelles puisqu'ils ont vocation à s'appliquer à des situations indéterminées ; leur champ d'application est ainsi « extrêmement malléable ».¹⁵⁶ Nous le vérifierons avec l'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique.

¹⁵¹ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 280

¹⁵² JÉGOUZO, p. 216

¹⁵³ DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution*, p. 553

¹⁵⁴ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 288-289

¹⁵⁵ Idem p. 388 ; cf. ch. 7, pt. 7.2.2

¹⁵⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 250-251

Chapitre 3. Les implications du principe de précaution comme nouveau paradigme juridique et norme « postmoderne »

Le principe de précaution légitime ou prescrit l'anticipation d'une action préventive dans un contexte d'incertitude scientifique. Avant l'émergence du principe, la précaution se limitait généralement à l'introduction de marges de sécurité dans la fixation de seuils (par exemple limites d'émissions ou de rejets dans l'environnement) visant à prévenir les effets des interactions indésirables mal connus.¹ Quelles sont les implications de cette nouvelle démarche, consistant à intégrer l'incertitude dans le processus décisionnel, et pourquoi le principe de précaution a-t-il vocation à constituer un changement de paradigme juridique ? Pour tenter de répondre à ces questions, nous allons nous fonder sur une doctrine abondante dont nous confronterons par la suite, dans le chapitre 8, les réflexions aux concrétisations du principe dans les ordres juridiques étudiés. Nous allons ici nous interroger également sur le caractère postmoderne attribué au principe de précaution, ainsi que sur la raison d'être de telles normes dans le monde d'aujourd'hui.

3.1. L'incertitude scientifique dans le processus de prise de décision

Quelles sont les incidences du principe de précaution en amont de la décision, dans la procédure qui mène à une mesure de précaution ? L'incertitude scientifique, dès lors prise en compte, complique en effet ce processus et suppose, outre la considération des effets potentiels à long terme, une modification du rôle de la science, de l'expertise et des particuliers dans les choix en matière de risques. Nous nous efforcerons également de clarifier les conséquences controversées de la mise en œuvre du principe de précaution quant à la charge de la preuve du risque.

3.1.1. La prise en compte de l'incertitude scientifique

L'émergence du principe de précaution se situe au terme d'une évolution des moyens mis en œuvre pour protéger l'environnement : faisant suite aux mesures curatives puis préventives, le principe de précaution vise à mieux anticiper les risques.² Le dernier stade, celui de la précaution, se distingue par l'intrusion de l'incertitude scientifique dans le processus décisionnel et impose aux autorités de prendre en compte l'ensemble des risques – y compris les hypothèses non validées. C'est bien là une révolution de pensée : « le droit appréhende désormais un risque a priori méconnu et non plus un risque déjà connu, ce qui constitue un véritable changement de paradigme tant du point de vue scientifique que juridique ».³ Changement de paradigme parce que, traditionnellement, « l'événement incertain échappe à l'emprise du droit ».⁴ Or l'irruption de l'incertitude dans la procédure de prise de décision conduit à une rupture

¹ BOUTONNET, GUEGAN, p. 256

² EWALD, *Philosophie politique*, p. 30 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 136-137

³ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 150 ; dans ce sens également MARTIN, *Le concept de risque*, p. 458-459

⁴ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 70

avec un « droit d'ingénieur » (à l'œuvre dans la « technocratie ») : ce n'est plus (uniquement) le technicien qui détermine le contenu des normes, et celles-ci se libèrent de l'emprise de la technique.⁵ Même si la mise en œuvre du principe de précaution passe parfois par des règles précises, par exemple celles fixant des valeurs limites, il n'est pas possible de le concrétiser de façon exhaustive parce que les situations d'incertitude, diverses et évolutives, appellent une réponse – et donc un droit – souple. Nous reviendrons sur cette caractéristique du principe de précaution lorsque nous le situerons dans l'évolution postmoderne du droit.⁶

3.1.2. La prise en compte du long terme

Les conséquences néfastes d'une technologie ne se manifestant souvent – ou n'étant reconnus – qu'à long terme (on les appelle alors des « dommages rapportés »), le principe de précaution implique l'élargissement du « facteur temps ».⁷ L'émergence du principe de précaution répond en effet à la prise de conscience de la durée des conséquences dommageables des actions humaines, et de la nécessité d'en protéger autant que possible les générations à venir : il s'agit de préserver l'avenir, d'empêcher qu'il « ne se trouve sacrifié aux appétits du présent ».⁸ Le futur à prendre en considération est désormais lointain⁹ et se compte en décennies, voire en siècles ou en millénaires, ne serait-ce que pour la gestion des déchets radioactifs. On voit bien le lien entre précaution et développement durable qui vise « l'équité intergénérationnelle », c'est-à-dire à assurer l'équilibre entre les intérêts des générations contemporaines et futures, puisque les intérêts immédiats ont souvent davantage de poids dans la balance – à quoi s'ajoute le fait que les dommages rapportés sont en quelque sorte irréels parce que non encore réalisés.¹⁰ Le principe de précaution s'inscrit ainsi dans le « réaménagement fondamental de notre rapport au temps »¹¹ induit par le développement scientifique et technologique. Cette possibilité d'anticiper les atteintes potentielles, en complément aux modèles traditionnels curatifs ou préventifs, est novatrice et originale comme instrument de protection de l'environnement¹², ce qui semble également être le cas en matière de santé publique.¹³

⁵ GOSSEMENT, p. 105-111

⁶ Ci-dessous, pt. 3.2.1

⁷ Entre autres, EWALD, *Philosophie*, p. 400-401 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 124-127 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 47

⁸ RÉMOND-GOUILLOU, p. 357

⁹ BOISSON DE CHAZOURES, DESGAGNE, ROMANO, p. 17

¹⁰ BECK, p. 60-61 ; cf. ch. 7, pt. 7.2.2

¹¹ OST, p. 122

¹² Sur le tout, CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 126-127 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 41-49

¹³ Cf. ch. 6, pts. 6.1.1 et 6.1.2

3.1.3. Le rôle de la science et de l'expertise dans l'évaluation des risques

Pour répondre aux craintes que le principe de précaution suscite en termes d'arbitraire décisionnel – on imagine des autorités uniquement soucieuses de rassurer une population anxieuse –, il a souvent été affirmé que la mise en œuvre du principe doit s'appuyer sur les données scientifiques existantes, même peu consistantes ou contradictoires, et ne pas faire fi de toute rationalité scientifique.¹⁴ Bien plus, les autorités doivent accorder une attention continue à l'actualité scientifique et réviser les mesures en fonction de l'évolution des connaissances.¹⁵ L'évaluation des risques est dès lors un élément central de la mise en œuvre du principe de précaution ; nous allons voir qu'elle devra cependant être adaptée à la situation d'incertitude scientifique.

Selon un rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), l'évaluation des risques est l'une des composantes de l'analyse des risques qui comporte également la gestion des risques (les mesures prises) et la communication sur les risques. L'évaluation proprement dite consiste à identifier les effets nocifs ou les dangers potentiels et à évaluer, lorsqu'un danger est identifié, la probabilité qu'il se réalise¹⁶ ; il s'agit d'une « obligation de savoir » et de déclarer ce que l'on sait des risques d'une activité, qui peut incomber à l'autorité ou aux particuliers.¹⁷ La procédure d'étude d'impact sur l'environnement, par exemple, est l'un de ces outils de planification.¹⁸ Or une telle évaluation peut s'avérer difficile en raison même de l'incertitude scientifique, difficulté dont ont résulté de multiples marches à suivre.¹⁹ Il a été précisé qu'en situation de risque incertain, l'évaluation des risques doit présenter les incertitudes ou ignorances scientifiques d'un projet ainsi que tout le processus de constitution des connaissances, et pas seulement les résultats des recherches effectuées.²⁰ Par ailleurs, le recours systématique à une évaluation préalable des risques aussi exhaustive que possible peut paralyser une action de précaution ; une évaluation plus ciblée, plutôt que la revue détaillée de tous les effets possibles, semble plus adéquate en cas de risque grave pour la santé ou l'environnement.²¹

¹⁴ Cf. ch. 8, pt. 8.1.2

¹⁵ HERMITTE, *La fondation juridique*, p. 30 ; GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 133-134 et 138

¹⁶ OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 14-15 ; on trouve également une description de l'évaluation des risques dans un rapport intitulé *Le principe de précaution en Suisse et au plan international, Document de synthèse du groupe de travail interdépartemental "principe de précaution"*, août 2003, disponible sous http://www.who.int/ifcs/documents/forums/forum5/synthesepaper_precaution_ch_fr.pdf (consulté le 15 janvier 2010), p. 5-6

¹⁷ EWALD, *Philosophie politique*, p. 60 ; OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 16

¹⁸ OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 17-18

¹⁹ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 73 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 191 et 199-200

²⁰ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 100

²¹ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 100-101 et 104-106 ; AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 212-214 ; cf. ch. 8, pt. 8.1.3.B

Quant à l'expertise scientifique, « savoir spécialisé » mis au service des décideurs et assurant une fonction légitimante de la décision²², elle a une grande importance dans la mise en œuvre du principe de précaution, car l'analyse des risques préalable à la prise de mesures implique d'y recourir.²³ Il est précisé qu'en situation d'incertitude scientifique, l'expertise doit être pluridisciplinaire, contradictoire, indépendante et transparente²⁴, ce qui signifie notamment que ses résultats mentionnent explicitement les avis minoritaires et soient accessibles à tout intéressé.²⁵ Or les expertises qui précèdent une décision publique sont souvent considérées comme internes à l'administration²⁶ précisément pour éviter la surenchère d'expertises, sauf lorsque les procédures ont été aménagées pour permettre la participation de tiers ; c'est le cas, en Suisse, de l'étude d'impact sur l'environnement.²⁷ Une autre solution proposée pour favoriser la pluridisciplinarité et la contradiction de l'expertise est d'élargir les conditions d'accès à la justice afin de permettre aux représentants d'avis minoritaires de se faire entendre par le juge.²⁸ Nous verrons que les possibilités sont également limitées à cet égard en matière de santé publique. Enfin, le principe de précaution implique la circulation de connaissances entre scientifiques et entre États, ainsi qu'un accès du public à l'information, sous réserve des habituels secrets commerciaux ou autres.²⁹ Nous reviendrons sur ces divers éléments dans le chapitre 8 relatif aux concrétisations du principe de précaution dans les ordres juridiques étudiés.

Nous voyons donc une modification de la fonction de l'expert, dont le pouvoir remonte à la révolution scientifique de la seconde moitié du XX^e siècle.³⁰ La « gestion technocratique des risques » est sujette à critique depuis quelques décennies, de sorte que les expertises sur lesquelles se fondent les autorités sont de plus en plus vulnérables au discrédit, ou tout ou moins soumises au doute des particuliers.³¹ Les pouvoirs publics sont amenés à trouver les moyens de favoriser l'acceptation publique des décisions en matière technologique et ne peuvent (plus) légitimer l'exclusion des administrés par l'irrationalité supposée de ceux-ci. Les relations entre experts et société civile sont de ce point de vue appelées à évoluer pour inclure le savoir profane dans l'expertise scientifique. La distinction entre expert et profane a du reste tendance à disparaître pour

²² CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 109-110

²³ Cf. ch. 8, pt. 8.1.3

²⁴ *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution*, pt. 9, disponible sous http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm (consulté le 15 janvier 2010)

²⁵ Idem, pt. 10 ; GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 135-137 et 141-142 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 438

²⁶ Dans la procédure suisse d'autorisation de mise sur le marché des médicaments, par exemple, les délibérations du comité d'experts permanent et donc les avis minoritaires sont tenus secrets, cf. ch. 8, pt. 8.1.4.C ; cf. également WAGNER PFEIFER, *Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung*, p. 434

²⁷ Art. 10d de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE [RS 814.01]) ; cf. ch. 8, pt. 8.1.4.C

²⁸ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 441-446

²⁹ Idem, p. 279-288 et 302-306

³⁰ LAGADEC, p. 148

³¹ LEMIEUX, BARTHE, p. 22

se substituer à une concurrence entre différents experts.³² En outre, le rôle des « communautés épistémiques » dans la prise de décision, ainsi que l'influence de la culture liée aux professions des experts ont été mis en évidence : le fait que ceux-ci soient médecins, climatologues, ingénieurs, biologistes moléculaires ou éthiciens, par exemple, aura une influence déterminante sur les conclusions de l'expertise – d'où l'importance de la pluridisciplinarité et de la prise en compte de contre-expertises.³³ Par ailleurs, en situation d'incertitude scientifique, l'expertise ne consiste plus seulement à recenser les connaissances disponibles, mais à « organiser, à stimuler et à orienter le processus même de la production de connaissances ».³⁴ Le rôle de l'expert est dans ce contexte d'éclairer les ignorances qui doivent être prises en considération, de clarifier les questions plutôt que d'y répondre, la gestion des risques incertains procédant d'un choix collectif. L'expertise n'est alors plus uniquement une expertise de décision, donnant des réponses précises à des questions précises, mais aussi une expertise d'exploration qui formule les problèmes de façon à ce qu'ils puissent donner lieu à des investigations.³⁵ Quant aux particuliers, nous allons le voir, ils doivent pouvoir participer à la détermination du champ de recherche, l'élargissement de celui-ci pouvant contribuer à rendre discutables certains faits présentés comme acquis.³⁶

Ces différents éléments entraînent un repositionnement de la science et de l'expertise dans le processus décisionnel. Certains en appellent à des scientifiques plus imaginatifs, l'incertitude obligeant à se projeter au delà du connu³⁷, et à des experts plus modestes quant au potentiel de la science pour l'évaluation des risques face à l'incertain, l'inconnu et le complexe.³⁸ En situation d'incertitude quant aux risques, l'action publique ne peut en effet se fonder uniquement sur une expertise scientifique garante de la rationalité et de l'efficacité de la décision : l'expertise n'est plus qu'un élément pris en compte parmi d'autres et le choix redevient à proprement parler politique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait « moins de science » ou que l'expert perde de son influence ; ce sont les modalités de l'expertise et sa fonction qui évoluent.³⁹

³² Sur le tout, BECK, p. 369 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHES, p. 45-46 et 105ss ; AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 208-209

³³ AUDÉTAT, p. 105 et 110-111 ; BORDOGNA PETRICCIONE, p. 86-88 ; AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 204

³⁴ BARTHE, p. 129 et 132

³⁵ Idem, p. 131, 136 et 141

³⁶ Idem, p. 139-140

³⁷ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 185 ; ces auteurs évoquent toutefois (p. 134) le risque du manque de crédibilité et dès lors d'application lacunaire des mesures de précaution, comme cela a été le cas en Grande-Bretagne lors de la crise de la « vache folle » ; cf. également UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies, France, mars 2005, p. 35-36, disponible sous <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578f.pdf> (consulté le 29 juin 2010)

³⁸ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 198 ; UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. note précédente), p. 36-37

³⁹ Sur le tout, CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 115

3.1.4. La participation du public aux choix en matière de risque

Face aux nouveaux risques technologiques, il semble donc dépassé de traiter les particuliers comme des sots imperméables à la raison, de leur asséner force expertises scientifiques et de les exclure des débats en prétextant qu'il ne s'agit que de questions techniques. De plus, mis en position de subir des risques non choisis, les individus se méfient tant de la science que de l'État, soupçonné d'être à la botte des lobbies.⁴⁰ Cette méfiance trouve son origine notamment dans les démonstrations d'imprévoyance des pouvoirs publics, les discours trop rassurants, les prises de décision opaques, ou dans une « franche irresponsabilité lors d'épisodes à haut risque ».⁴¹ En outre et surtout, les questions relatives aux nouveaux risques ne peuvent être valablement débattues que par les différentes parties concernées. Il est impératif de discuter, de questionner l'opportunité des choix en matière technologique, à l'image de ce qui s'est passé en Suisse concernant l'utilisation des OGM dans l'agriculture, afin d'éviter de se lancer dans des innovations en se cachant les menaces qu'elles peuvent comporter.⁴² C'est pourquoi un contexte d'incertitude scientifique suppose que le public puisse participer aux choix relatifs aux risques⁴³, projet nommé démocratie participative ou démocratie dialogique. Au niveau international, c'est la participation des organisations non gouvernementales qui pourrait remplir un rôle de démocratisation en la matière.⁴⁴ Le principe de précaution serait « particulièrement approprié à un usage démocratique », car les risques auxquels il s'applique reposent souvent sur des hypothèses déviantes par rapport à l'orthodoxie dominante, et parce que les dommages éventuels concernent généralement des groupes non déterminés et non organisés.⁴⁵

La solution proposée dans la mise en œuvre du principe de précaution est une nouvelle forme de négociation des risques incluant les différents intérêts concernés, les procédures de la démocratie délégative étant incapables de tenir pleinement compte des conséquences éventuellement dommageables du développement technologique.⁴⁶ Selon Michel CALLON, Pierre LASCOUMES et Yannick BARTHE, la démocratie directe telle qu'elle existe en Suisse serait également insuffisante, puisque les choix laissés au peuple sont fermés et qu'elle ne constitue qu'une délégation de la prise de décision excluant la constitution de groupes d'intérêts collaborant pour résoudre ensemble le problème posé.⁴⁷ Ces auteurs passent cependant sous silence l'initiative populaire (art. 138 et 139 Cst.), qui permet à un certain nombre de personnes (100'000) de faire une proposition adressée au corps électoral fédéral. Avec une initiative populaire, les citoyens peuvent « briser le monopole officiel du "calendrier politique" en soumettant

⁴⁰ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 70 ; CALLON, LASCOUMES, BARTHE, en particulier les p. 44-46 et 49-50

⁴¹ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 20-21 ; également KOURILSKI, VINEY, p. 23 ; ch. 6, pt. 6.1.1

⁴² LAGADEC, p. 213-219

⁴³ VAN GRIETHUYSEN, p. 63 ; dans ce sens également DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 345-346

⁴⁴ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 288

⁴⁵ HUNYADI, *La logique du raisonnement de précaution*, p. 21

⁴⁶ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 309

⁴⁷ Idem, p. 214-215

eux-mêmes au peuple les questions que les autorités oublient de lui poser ».⁴⁸ À titre d'exemple, mentionnons l'acceptation en 2005 de l'initiative instaurant, à l'encontre des recommandations du Conseil fédéral, un moratoire sur les OGM dans l'agriculture. Depuis, le moratoire a été prolongé.⁴⁹

Quant à la participation publique organisée sous forme de *publifocus* ou *publiforums* en Suisse, *focus groups*, conférence de citoyens ou de consensus, panels de citoyens, *Technology Assessment* participatif etc., elle ne vise pas seulement à consulter les particuliers, mais à les associer à la production de connaissances sur des questions donnant lieu à des confrontations, à élargir le cercle de la discussion. L'enjeu étant que les profanes enrichissent le savoir des décideurs et des experts afin d'améliorer la prise en compte de l'intérêt général. Pour le moins, le débat public est lancé, le progrès technologique devient à nouveau objet de discussion.⁵⁰ Cette forme de participation publique va plus loin que la procédure de consultation telle qu'elle est prévue en Suisse pour les projets législatifs – permettant uniquement l'intervention sur un projet déjà élaboré au sein de l'administration ou par une commission d'experts externe, où il n'est pas garanti que les intérêts de la société civile soient représentés.⁵¹ Elle va également plus loin que la procédure promue dans la législation sur l'aménagement du territoire et dans la loi sur la protection de l'environnement, consistant pour l'essentiel en droit d'opposition ou de recours.

A l'heure actuelle, certains observateurs remarquent que la mise en œuvre de la participation du public, « quand elle ne se résume pas à un exercice alibi, fournit des résultats décevants et demeure l'exception ».⁵² De façon générale, l'acceptabilité sociale des risques sanitaires et environnementaux liés au développement technologique n'est que rarement thématisée, et l'utilité collective d'un projet ou d'une innovation est souvent passée sous silence, bien que les questions politiques et morales soient fondamentales pour les particuliers. Les solutions apportées dans les textes législatifs sont pour la plupart le fruit de négociations entre les différents acteurs économiques et administratifs.⁵³ Or « le consensus est souvent le masque qui cache les rapports de domination et d'exclusion », alors que les désaccords permettraient l'ouverture de chemins novateurs.⁵⁴

⁴⁸ AUBERT, MAHON, p. 1082 ; cf. également AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume I*, p. 202-204

⁴⁹ Art. 37a de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG, RS 814.91), introduit par modification du 19 mars 2010 (RO 2010 3233)

⁵⁰ Sur le tout, CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 16, 21, 23 et 52-60 ; également LAGADEC, p. 196-198

⁵¹ Cf. art. 7 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010)

⁵² AUDÉTAT, p. 101 ; également KAUFMANN, PERRET, BORDOGNA PETRICCIONE, AUDÉTAT, JOSEPH, p. 118

⁵³ CHARBONNEAU, p. 386-387, focalise son analyse sur le droit de l'Union européenne ; ses réflexions semblent valoir pour la Suisse également

⁵⁴ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 16

En porte-à-faux avec cette tendance appelant à la démocratisation des choix relatifs aux risques, certains auteurs soulignent les dangers de tomber dans « le règne de l'opinion » qui engendre surenchère sécuritaire là où les particuliers sont sous l'emprise de la peur.⁵⁵ La question se pose toutefois de savoir s'il n'est pas inévitable, voire souhaitable de céder à la pression publique lorsque le niveau de protection choisi de la santé ou de l'environnement résulte d'une décision politique.

3.1.5. L'atténuation du fardeau de la preuve

Selon la doctrine dominante, les procédures qui mènent à une mesure de précaution ont un autre aspect spécifique, celui du renversement du fardeau de la preuve : en vertu du principe de précaution, les effets dommageables soupçonnés d'une activité doivent être tenus pour avérés jusqu'à ce que les initiateurs du projet apportent la preuve du contraire.⁵⁶ Certains y voient une interprétation trop radicale du principe de précaution, une exigence impossible à remplir en situation d'incertitude scientifique, en d'autres termes une « preuve diabolique » qui bloquerait toute innovation.⁵⁷

Il semble que cette controverse résulte en partie de différentes acceptions du concept de « renversement du fardeau de la preuve ». Certains auteurs estiment que la charge de la preuve est renversée lorsqu'en application du principe de précaution, le danger est présumé : les autorités doivent justifier les mesures de précaution par l'existence d'indices ou par l'absence de données, mais n'ont pas à prouver le risque.⁵⁸ Cette présomption du risque n'entraîne pas systématiquement ni l'interdiction de l'activité en

⁵⁵ Cf. GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 187-188

⁵⁶ Par exemple FREESTONE, HEY, *Implementing the Precautionary Principle*, p. 259-262 ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, p. 195 ; cf. également DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 191, et CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 413-414

⁵⁷ Par exemple CAZALA, p. 160ss ; selon cet auteur, il faut envisager la question du contenu de la preuve et non celle de la charge de la preuve. L'État doit démontrer le risque potentiel encouru, c'est-à-dire qu'il devra prouver qu'il a mis en œuvre toutes les composantes du principe de précaution : la preuve de l'incertitude (avis des experts), la preuve qu'il a procédé à une étude d'impact, etc. L'autre partie devra essayer de renverser ces preuves (par exemple en démontrant que l'étude d'impact est défaillante), le niveau de cohérence requis pour qu'une preuve soit déterminante dépendant du cas particulier. Le principe de précaution privilégie, selon cet auteur, le recours à la preuve *prima facie*, c'est-à-dire la vraisemblance suffisante, le commencement de preuve pour les deux parties. Cette interprétation nous semble une lecture trop édulcorée de l'impact du principe de précaution sur la répartition de la charge de la preuve

⁵⁸ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 109-110 : « la vérité judiciaire peut résulter d'un pur raisonnement logique, volontairement abstrait de la réalité. La loi autorise ainsi à combler par le biais de *présomptions* les lacunes que les preuves laisseraient subsister (présomptions légales). La loi autorise ainsi soit à renverser la charge de la preuve (présomptions réfragables), soit à dispenser de prouver les faits qu'une partie allègue en interdisant la preuve du contraire (présomption irréfragable). Dans le premier cas de figure, la présomption s'impose tant que la preuve du contraire n'a pas été apportée. Ce type de règle peut paraître *prima facie* injuste car il renverse le principe d'après lequel la preuve d'un fait incombe à celui qui l'allègue (art. 8 du Code civil suisse) [Note 19 : Ce principe est également valable en droit public]. Il existe cependant des cas de figure où, les faits demeurant incertains, la loi a estimé qu'il serait plus légitime de faire supporter l'échec de la preuve à la partie qui ne les a pas allégués. [...] La loi opère ainsi un choix – politique – sur la partie à protéger en cas d'incertitude » ; et p. 119 : « Le législateur peut faire un pas de plus et introduire une présomption irréfragable de la nocivité d'un produit en l'interdisant purement et simplement sans instaurer un régime d'autorisation permettant d'administrer la preuve du contraire. »

cause – d’autres mesures moins incisives sont envisageables –, ni toujours de l’opérateur économique qu’il apporte la preuve de la sécurité du produit ou de l’activité, puisqu’il peut, le cas échéant, poursuivre son activité malgré la mesure de précaution. Cela implique qu’en situation de grande incertitude, une activité s’avérant par la suite dommageable pourra avoir lieu⁵⁹, alors que les pouvoirs publics se contenteront peut-être d’initier des programmes de recherche. Un grand nombre d’instruments internationaux (concernant surtout la protection du milieu marin)⁶⁰, de normes de l’Union européenne et de dispositions nationales prévoient ainsi expressément que celui qui souhaite exercer une activité a priori susceptible d’avoir un impact négatif sur l’environnement ou sur la santé doit tout d’abord prouver qu’elle est sûre. C’est cette exigence qui donne au principe de précaution sa pleine efficacité.⁶¹ Or certains auteurs considèrent qu’un véritable renversement de la charge de la preuve n’intervient que dans ce cas de figure, par exemple lorsque l’octroi d’une autorisation est soumis à la preuve de la sécurité d’une activité⁶² ; la présomption du risque ne serait qu’un simple aménagement de la charge de la preuve.

En réponse aux critiques concernant la conception d’un renversement systématique du fardeau de la preuve, on peut dès lors objecter que le principe de précaution ne commande pas d’interdire toute activité lorsque la preuve de son innocuité n’a pas été apportée : nous allons voir que différentes mesures sont envisagées en situation d’incertitude quant au risque.⁶³ En outre, l’option de présumer le risque se justifie par le fait que les informations à son sujet sont souvent détenues par celui qui souhaite entreprendre une activité potentiellement dommageable.⁶⁴ Enfin, il ne s’agit pas d’exiger une « preuve diabolique », puisque le niveau de démonstration de l’innocuité est déterminé au cas par cas, selon le degré de protection choisi⁶⁵, et que l’incertitude se résorbe en principe avec le temps.

Nous pouvons conclure qu’en application du principe de précaution, il y a bien atténuation de la charge de la preuve du risque, puisque le doute joue, dans une certaine mesure, contre l’auteur de l’atteinte potentielle et non plus en sa faveur comme dans le passé.⁶⁶ C’est là, en droit de l’environnement (ainsi qu’en matière de santé publique, nous le verrons⁶⁷) un nouveau paradigme, que l’on peut illustrer par l’adage *in dubio*

⁵⁹ NOLLKAEMPER, p. 85

⁶⁰ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 79 ; FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*, p. 6 ; cf. par exemple l’art. 3 al. 3 let. c de l’annexe II de la Convention du 22 septembre 1992 pour la protection du milieu marin de l’Atlantique du Nord-Est (RS 0.814.293)

⁶¹ MARTIN-BIDOU, p. 640

⁶² Cf. la *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, COM (2000), 0001, 2 février 2000, p. 21, disponible sous http://ec.europa.eu/environment/docum/20001_fr.htm (consulté le 27 avril 2010)

⁶³ Cf. ci-dessous, pt. 3.3.2

⁶⁴ MARTIN-BIDOU, p. 657

⁶⁵ CAZALA, p. 161 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 118 ; CHRISTOFOROU, p. 223-224

⁶⁶ Cf. DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 102 ; FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*, p. 13 ; ARNDT, p. 290-293

⁶⁷ Cf. ch. 6, pt. 6.1.1

pro natura.⁶⁸ Autre est la question de la nécessité de motiver les actes administratifs, qui ne doit évidemment pas être remise en cause, bien au contraire⁶⁹, et qui consistera pour l'autorité à mentionner les indices ou éléments à l'appui de la mesure de précaution, ou les motifs justifiant de ne pas intervenir.

3.2. Les conséquences de l'incertitude sur la qualité normative du principe de précaution et sur le rôle des acteurs de sa mise en œuvre

Le contenu attribué au principe de précaution est variable, même si sa signification, son essence – l'action préventive malgré l'incertitude scientifique –, est bien établie. Le principe n'indique pas, en effet, quels sont les risques acceptables pour une société à un moment donné, sa formulation recourt parfois à des notions fortement indéterminées, la condition de la gravité ou de l'irréversibilité du dommage, par exemple, et il ne permet pas de prévoir quelles mesures seront prises en son nom. Cette indétermination inscrit le principe dans une tendance postmoderne qui caractérise une partie du droit aujourd'hui. Nous allons tenter de voir pourquoi, et ce que cela implique pour les acteurs de sa mise en œuvre.

3.2.1. Le principe de précaution dans le mouvement postmoderne du droit

C'est en particulier le philosophe Jean-François LYOTARD qui a contribué à la diffusion de l'idée que nous sommes entrés dans une nouvelle ère, postmoderne précisément, après la reconstruction de l'après-guerre. Selon cet auteur, le postmoderne, opposé au moderne, se caractérise par « l'incrédulité à l'égard des métarécits », ceux-ci étant des tentatives de légitimer le développement de l'humanité et des connaissances par un « grand récit » qui interprète l'ensemble de l'histoire.⁷⁰ Le concept de la postmodernité a été repris par certains théoriciens du droit selon qui le droit postmoderne, ou plutôt néo-moderne selon Charles-Albert MORAND⁷¹, caractérise l'évolution qu'une partie du droit connaît aujourd'hui, par opposition au droit moderne. Celui-ci serait encore tout à fait actuel à ce jour, mais soumis à la critique d'être inadapté à la complexité des faits sociaux⁷², à la complexité et à l'incertitude du progrès technologique⁷³, ainsi qu'aux politiques publiques finalisées qui ont cours aujourd'hui dans tous les domaines du droit.⁷⁴

Le droit moderne, c'est-à-dire « l'état du droit dans les sociétés contemporaines à partir du XVIII^e siècle »⁷⁵, est théoriquement (la réalité ne correspond bien souvent pas, ou

⁶⁸ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 192 et 206

⁶⁹ Cf. ch. 7, pt. 7.4.2

⁷⁰ LYOTARD, en particulier les p. 7, 11 et 63ss ; également, dans l'encyclopédie en ligne Wikipédia, au sujet de LYOTARD : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Lyotard> et de la postmodernité : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Postmodernit%C3%A9> (consulté le 25 juin 2010)

⁷¹ Parce qu'il fait l'hypothèse que le droit des politiques publiques serait plutôt une radicalisation de la modernité, manifestant « une confiance énorme dans le progrès, dans la possibilité des instances étatiques d'agir volontairement sur la réalité sociale » ; cf. MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 209-211

⁷² ARNAUD, p. 163-167 ; cf. également MACLAUCHLAN, p. 91-106

⁷³ GOSSEMENT, p. 143

⁷⁴ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 13-14

⁷⁵ MODERNE, *Légitimité des principes généraux*, p. 726

pas entièrement, au type idéal) organisé de façon systématique sous forme de pyramide et légitimé par le caractère démocratique de son adoption. Il est formé de règles générales et abstraites applicables de manière déductive par syllogisme et, une fois établi, il vise des finalités plus générales que particulières⁷⁶, par exemple à protéger la partie la plus faible au contrat plutôt qu'à réduire le chômage à un pourcentage déterminé. Enfin, le droit moderne est autonome par rapport à d'autres systèmes normatifs ; il cherche notamment à s'affranchir des considérations morales et politiques, ou tout au moins à refléter le pluralisme des valeurs présentes dans la société.⁷⁷ En réalité, le droit moderne n'est pas imperméable à ces valeurs que l'on retrouve lors de l'application du droit au cas particulier, par le biais de la mise en œuvre de principes généraux fortement indéterminés.⁷⁸ On peut dire ainsi que le droit moderne procède d'une vision positiviste selon laquelle le droit, dans un univers simple, irait dans le sens du progrès pour devenir finalement une science infaillible.⁷⁹

Le droit postmoderne serait, par opposition, un droit désordonné et complexe issu de l'interventionnisme étatique. Dans son ouvrage intitulé *Le droit néo-moderne des politiques publiques* paru en 1999, Charles-Albert MORAND observe que les sociétés occidentales sont aujourd'hui régies par un État qui peut, par certains aspects, être qualifié de propulsif (ou d'interventionniste), car il vise à agir sur des systèmes autonomes tels que l'économie, l'écologie, la culture ou l'éducation pour les orienter dans une direction jugée plus conforme à l'intérêt général. C'est le droit des politiques publiques, « programmes d'action mis en place par les autorités pour atteindre les finalités d'intérêt général les plus diverses ».⁸⁰ Quasiment tous les secteurs de la vie humaine et toutes les réglementations sont impliqués dans des politiques publiques. Leur instrument d'action est le programme finalisé ou relationnel, plus ou moins contraignant ou négocié. Le programme finalisé, contrairement à la règle générale et abstraite de juste conduite, est en quelque sorte un plan de bataille mis au service de la réalisation d'objectifs. Il émane souvent du gouvernement ou de l'administration, quelquefois du parlement, figure parfois dans une loi – dans des dispositions à caractère programmatique –, et vise à organiser l'action de l'État sur la société et à produire sur elle des effets dans la durée. A la structure juridique bipolaire (norme juridique, cas particulier) qui persiste, « se superpose une structure managériale triphasée comportant des objectifs, des moyens et l'évaluation des résultats ».⁸¹

Le droit des politiques publiques (appelé aussi régulations) se caractérise notamment par l'adaptation constante de l'action aux finalités poursuivies.⁸² La norme juridique se transforme par l'instrumentalisation dont elle fait l'objet : elle doit pouvoir s'accorder à une réalité complexe et pour cela être souple, donc imprécise, ou se limiter à énoncer

⁷⁶ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 46

⁷⁷ Sur le tout idem, p. 23-52 ; GOSSEMENT, p. 143

⁷⁸ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 49

⁷⁹ MAISANI, WIENER, p. 450

⁸⁰ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 71

⁸¹ Sur le tout, idem, p. 76

⁸² Idem

des principes directeurs.⁸³ La complexité du monde d'aujourd'hui est liée, d'une part, au développement rapide des connaissances, en matière technologique par exemple, nécessitant une réglementation flexible ; c'est alors le gouvernement et l'administration qui adoptent des dispositions révisables rapidement.⁸⁴ D'autre part, lorsque les situations à régir sont diverses, l'autorité exécutive doit pouvoir se prononcer en fonction de l'ensemble de circonstances, qui ne peuvent être décrites d'avance ni agencées sous forme de norme générale et abstraite.⁸⁵ On pense précisément, en matière de protection de l'environnement et de la santé, à la difficulté que présente la gestion de l'incertitude scientifique, nous y reviendrons au point suivant, et à la prise en compte du long terme.⁸⁶ Le recours à des principes directeurs permet d'assurer la compatibilité de valeurs ou d'intérêts, complémentaires ou contradictoires, la complexité de notre société résultant aussi de la connaissance des interrelations entre ses diverses composantes.⁸⁷ Le principe de précaution est, on le devine, l'un de ces principes de type postmoderne.⁸⁸

Mis en œuvre suite à une balance des intérêts en présence, le principe de précaution suppose de prendre en compte des données autres que celles directement liées au but qu'il vise, des données économiques ou éthiques par exemple, dans une stratégie globale de gestion des divers phénomènes mettant en danger l'environnement ou la santé.⁸⁹ Le droit s'enrichit ainsi de considérations non juridiques, ce qui est aussi un élément de « post-modernisation du droit ».⁹⁰ Le principe de précaution renvoie en outre à des valeurs extrajuridiques : la protection de l'environnement et de la santé plutôt qu'un développement technologique ou économique incontrôlé, ainsi que la considération des intérêts des générations futures ; il a une dimension axiologique importante.⁹¹ Enfin, dans le processus de mise en œuvre du principe de précaution, la volonté d'associer plus étroitement les particuliers à la formation des choix collectifs ainsi que la recherche de solutions de consensus témoignent de nouveaux modes de légitimation de l'activité publique.⁹²

Cette évolution du droit suscite des controverses. Selon Charles-Albert MORAND, la balance des intérêts est parfois tellement complexe, en effet, qu'elle en devient aléatoire.⁹³ Comme si, dans la mise en œuvre du principe de précaution, l'incertitude des faits déteignait sur la décision juridique, désormais incertaine car imprévisible et

⁸³ Cf. idem, p. 104

⁸⁴ POLLAK, p. 177-178 ; GOSSEMENT, p. 110

⁸⁵ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 5 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 192

⁸⁶ Cf. GOSSEMENT, p. 147-148

⁸⁷ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 189

⁸⁸ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 22-24 et 288 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 66, 88 et 93 ; BOY, p. 6 et 8 ; PAPAUX, p. 164 ; GOSSEMENT, p. 150 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 83

⁸⁹ GOSSEMENT, p. 108 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 68 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 24 ; cf. ch.7. pt. 7.2.1

⁹⁰ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 66

⁹¹ CAZALA, p. 182-183

⁹² GOSSEMENT, p. 143, 145 et 149 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 103 ; ARNAUD, p. 158-162

⁹³ Sur le tout MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 73-86 ; cf. ch. 7, pt. 7.2.1

instable.⁹⁴ Non seulement la science ne peut donner une réponse simple et claire à tous les problèmes, mais le droit non plus... C'est au pouvoir politique qu'il revient alors de trancher, au cas par cas, face à l'incertitude scientifique. On voit ici une caractéristique du droit des politiques publiques, qui est de transférer une partie du pouvoir du parlement au gouvernement et à l'administration, notamment par le biais de principes directeurs à concrétiser.⁹⁵ Cela implique un déficit démocratique⁹⁶, déploré par certains auteurs.⁹⁷ Nous verrons que des moyens ont été élaborés pour y pallier.⁹⁸

3.2.2. La dimension politique de la mise en oeuvre du principe de précaution et le contrôle du juge

Ne pouvant se fonder sur une expertise scientifique univoque et en présence d'un principe qui laisse une marge de manœuvre importante, la décision de prendre ou non une mesure de précaution est souvent laissée au gouvernement et à l'administration⁹⁹, à moins que le parlement ne tranche en faveur de l'interdiction pure et simple d'un type d'activité.¹⁰⁰ Cette dimension politique ou « micro-politique », c'est-à-dire non prédéterminée¹⁰¹, de la mise en œuvre du principe de précaution résulte du fait que « le droit gère difficilement l'incertitude »¹⁰² : les situations de risque incertain étant souvent diverses, évolutives et techniquement ou politiquement complexes, c'est l'autorité en charge de la prévention des risques qui détermine quel degré de protection est souhaitable et décide selon les objectifs poursuivis, les conséquences économiques, les types de dangers. Le principe de précaution n'autorise dès lors pas de déduction juridique qui permette de déterminer, de façon générale et précise tout à la fois, quelles mesures seront prises en son nom. S'agissant de questions subjectives et sujettes à controverse, entre les États notamment¹⁰³, le niveau de risque accepté varie, et tout risque potentiel n'entraîne pas forcément l'intervention des pouvoirs publics. L'appréciation des conditions de mise en œuvre du principe de précaution est ainsi tant délicate que capitale.¹⁰⁴

La marge de manœuvre dans la mise en œuvre du principe de précaution implique-t-elle une retenue correspondante du juge ? Tel devrait être le cas, dans une certaine mesure : d'une part, le juge limite généralement son examen lorsque l'appréciation d'une situation exige un savoir spécifique à l'instance décisionnelle, notamment si

⁹⁴ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 125

⁹⁵ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 98-100

⁹⁶ Idem, p. 101

⁹⁷ Par exemple ENGI, p. 31 ; cf. MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 48-49

⁹⁸ Ch. 7, pt. 7.4.2

⁹⁹ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 3 ; HERMITTE, DORMONT, p. 379-380 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 76 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 115 ; CHRISTOFOROU, p. 209-210

¹⁰⁰ Cf. ch. 6, pt. 6.1.3.A

¹⁰¹ Sur un tel usage du terme « politique », cf. MOOR, *De la règle de droit*, p. 172

¹⁰² BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 81

¹⁰³ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 157

¹⁰⁴ Idem, p. 119 ; KOURILSY, VINEY, p. 42-43

l'application d'une disposition légale requiert des connaissances techniques.¹⁰⁵ D'autre part, le juge s'en tient à un contrôle restreint lorsque des considérations relatives à l'orientation d'une politique publique interviennent. Il se borne alors à vérifier si les faits ont été établis de façon complète et exacte, si tous les intérêts en jeu ont été pris en compte, si les procédures, par exemple d'évaluation du risque, ont été respectées, « vérification en quelque sorte méthodologique qui compense le déficit de contrôle matériel ».¹⁰⁶ En raison du large pouvoir d'appréciation qui accompagne la gestion du risque, le juge ne se substitue en principe pas aux autorités ni pour évaluer le risque incertain, ni pour fixer le niveau de protection dans le cas d'espèce.¹⁰⁷

Si elle paraît cohérente, la retenue du juge est regrettable, selon certains auteurs, en particulier lorsque c'est le défaut ou l'insuffisance de précaution qui est invoqué, puisqu'elle joue alors en défaveur des biens juridiquement protégés par la précaution. En outre, il est difficile de trouver une erreur manifeste dans des situations où, précisément, rien n'est évident. Par la limitation de son pouvoir d'examen, le juge exclurait en réalité largement le contrôle de la mise en œuvre du principe de précaution.¹⁰⁸ D'autres auteurs sont d'avis qu'il convient de garantir au pouvoir politique la possibilité de prendre des décisions en fonction des circonstances du cas d'espèce, en se fondant le cas échéant sur des délibérations publiques, plutôt qu'en fonction des risques de sanction judiciaire, le jugement d'un tribunal pouvant par ailleurs restreindre ou même réduire à néant les procédures politiques ou administratives mises en œuvre. Par ailleurs, l'action en justice étant conditionnée par le point de vue des victimes potentielles de l'action publique, ce point de vue ne saurait se confondre avec celui de la collectivité toute entière. Enfin, les comportements à adopter en application du principe de précaution n'étant pas prédéfinis, confier au juge la tâche de déterminer ce que doit être la politique de précaution d'un pays reviendrait à lui accorder une latitude de décision démesurée.¹⁰⁹ Il ressort de ces réflexions que l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge doit sans doute être taillée à la mesure du cas

¹⁰⁵ WAGNER PFEIFER, *Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung*, p. 442 ; cf. par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 juin 1990, ZBl 1991, p. 25ss, cons. 3d ; également les ATF 136 I 184, cons. 2.2.1 ; 131 II 680, cons. 2.3.2

¹⁰⁶ MOOR, *Droit administratif, Volume 1*, p. 383 ; sur le tout, idem, p. 382-385 ; également GOSSEMENT, p. 197 et 222-223 ; HERMITTE, DORMONT, p. 380-381 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 97-98 ; notons que la problématique est différente en droit international, cf. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 430-449

¹⁰⁷ Cf. par ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 1A.218/2004 du 29 novembre 2005, cons. 4, dans lequel les juges justifient l'auto-limitation de leur pouvoir d'examen par le fait qu'ils n'ont pas les connaissances scientifiques suffisantes pour évaluer eux-mêmes le sérieux et la valeur probatoire des études invoquées par les parties concernant les effets des hautes fréquences sur l'homme ; cf. également ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 107-108, 110 et 117 ; BREIER, VYGEN, p. 1734 et 1738 ; KOURILSKY, VINEY, p. 155-156 ; MANES, p. 1328 ; *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 15 ; arrêt de la CJCE du 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, C-504/04, pt. 36

¹⁰⁸ HERMITTE, DORMONT, p. 381-382 ; KOURILSKI, VINEY, p. 157-158 ; dans le même sens PÂQUES, p. 21, note 92 ; HANCHER, p. 205-206

¹⁰⁹ Sur le tout GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 172-175

particulier. Nous reviendrons sur cette problématique lorsque nous examinerons la jurisprudence suisse en matière de produits thérapeutiques.¹¹⁰

3.3. L'impact de l'incertitude scientifique sur les mesures étatiques et sur la responsabilité

La prise en compte de l'incertitude scientifique influe-t-elle également sur l'action engagée par l'État pour prévenir le dommage ? Nous allons constater que tel est bien le cas, même si les mesures de précaution n'ont en soi rien de novateur. Nous verrons ensuite comment les régimes de responsabilité étatique, civile et pénale sont, ou doivent être adaptés, afin que l'insuffisance ou l'excès de précaution puisse faire l'objet d'une réparation ou d'une sanction.

3.3.1. La procédure d'évaluation continue des risques et le caractère dynamique des mesures de précaution

En sus de l'évaluation préalable des risques, la mise en œuvre du principe de précaution entraîne la généralisation de procédures de surveillance (veille écologique ou sanitaire, *monitoring*) et d'évaluation continue des risques, puisque l'incertitude scientifique relative à une question donnée diminue généralement avec le temps ; elle implique également l'encouragement de la recherche scientifique.¹¹¹ Les mesures de précaution doivent en effet être maintenues aussi longtemps que les informations scientifiques sont incomplètes ou non concluantes et que le risque est réputé trop élevé pour être supporté par la collectivité, ou être modifiées selon les besoins.¹¹² On s'éloigne du « schéma classique qui sépare drastiquement le temps de la connaissance et le temps de la décision ». ¹¹³ En situation d'incertitude scientifique quant au risque, il faut se référer à l'état le plus actuel des connaissances, obligation traditionnellement rattachée au principe de prévention, ainsi qu'aux « meilleures connaissances disponibles ». Cela suppose « d'organiser l'évaluation scientifique de l'activité en cause, de rechercher des éléments dans tout le champ de la connaissance scientifique, et non dans une part infime de celle-ci ». ¹¹⁴ En corollaire, les effets de la mesure de précaution doivent si possible être réversibles, afin qu'une meilleure option découverte postérieurement puisse être réalisée.¹¹⁵

¹¹⁰ Ch. 6, pt. 6.2.3

¹¹¹ Sur le tout, DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 197 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 120-121 ; OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 18-19 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 101-102

¹¹² Cf. par ex. l'arrêt de la CJCE du 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, C-504/04, pt. 40

¹¹³ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, p. 282

¹¹⁴ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 103-105

¹¹⁵ Sur le tout, KOURILSKI, VINEY, p. 46, qui mentionnent l'exemple de l'enfouissement réversible de déchets radioactifs ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 200-201 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 120 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 259-263

3.3.2. Autres mesures de précaution

Le principe de précaution peut être compris comme un principe d'abstention : dans le doute, abstiens-toi, dit l'adage.¹¹⁶ Les instruments de droit international de l'environnement qui se fondent sur le principe de précaution ne sont en effet pas univoques à cet égard, et certains prévoient que l'exercice de l'activité réglementée est soumis à la preuve de son innocuité.¹¹⁷ De nombreux auteurs décrivent cependant le principe de précaution comme un principe d'action commandant de prendre des mesures de nature préventive, qui consistent parfois en une interdiction mais pas toujours : « dans le doute sur l'existence et la portée d'effets potentiellement négatifs, ainsi que sur l'identité des groupes concernés par ces effets, ne t'abstiens surtout pas. Engage au contraire une démarche d'évaluation du danger et de recherche des moyens de sa maîtrise ». ¹¹⁸

Si l'interdiction est la mesure de précaution la plus spectaculaire, la plus efficace et la plus radicale, il faut convenir qu'en droit suisse et en droit de l'Union européenne, d'autres mesures de gestion des risques sont réputées mettre en œuvre le principe de précaution¹¹⁹ : quotas, moratoire, embargo, suspension provisoire, restriction, procédure de consentement préalable, autorisation sous condition d'observation de normes, surdimensionnement de protection (marges de sécurité), seuil d'émissions ou d'exposition, obligation de recourir à des méthodes de production propre, de respecter des meilleures pratiques, organisation d'une veille, d'un suivi scientifique (*monitoring*), d'un dispositif d'alerte, lancement de programmes de recherche, devoir d'informer les autorités, incitation. On peut y ajouter la transparence envers le public (identification des produits notamment) et la création de dispositifs d'indemnisation tant en faveur des victimes potentielles que des producteurs de risques.¹²⁰ Même l'engagement prudent dans une action présumée risquée, comme la culture expérimentale d'OGM, peut faire partie d'une démarche de précaution visant à acquérir une connaissance empirique des risques.¹²¹ On peut cependant se demander si des mesures non restrictives de l'activité en cause, telles que le suivi scientifique ou la création d'un environnement politique d'incitations, sont réellement des mesures de précaution, puisqu'elles n'ont pas d'effet véritablement préventif.¹²² En tout état de cause, si l'on doit admettre qu'elles sont bien prises en application du principe, ce sont des mesures de précaution de très faible degré.¹²³

¹¹⁶ Cf. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 229-230

¹¹⁷ Idem, p. 247-250

¹¹⁸ CALLON, LASCOUMES, BARTHES, p. 264 et 272-275 ; également, entre autres, GODARD, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, p. 51-53 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 231-232 et 247-251 ; KOURILSKY, VINEY, p. 211

¹¹⁹ Par exemple, la réglementation suisse du rayonnement non ionisant ne prévoit pas l'interdiction de toute émission, mais des seuils d'exposition (cf. ordonnance du 23 décembre 1999 sur la protection contre le rayonnement non ionisant [ORNI, RS 814.710])

¹²⁰ Sur le tout, EWALD, *Philosophie politique*, p. 60-72 ; GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 148-149 ; FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*, p. 8-13 ; sur la création de fonds d'indemnisation, DUPONT, p. 270-273

¹²¹ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 139-140

¹²² FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 122

¹²³ FLÜCKIGER, *L'obligation jurisprudentielle*, p. 160

De nombreuses mesures ont été associées au principe de précaution sans qu'il soit possible de déterminer de façon abstraite quelle action doit être entreprise face à quel risque.¹²⁴ En réalité, la spécificité du principe de précaution ne réside pas dans la détermination d'actions particulières : ce qui le distingue, c'est comment – sans fondement scientifique clair et univoque –, et à quel moment – précocement –, des mesures de nature préventive doivent être adoptées.¹²⁵ Par ailleurs, les incidences de ces mesures, celles d'une interdiction ou du lancement d'un programme de recherche par exemple, peuvent être très différentes tant pour les personnes dont les intérêts sont protégés par le principe de précaution que pour celles dont la liberté est restreinte. On voit ainsi l'ampleur du pouvoir d'appréciation des autorités qui mettent en œuvre le principe de précaution lorsqu'il n'est pas concrétisé dans des textes de portée contraignante.

3.3.3. Principe de précaution et responsabilité étatique et civile

La logique de la précaution et celle de la responsabilité semblent antinomiques : la première vise à prévenir un dommage futur et hypothétique, alors que la seconde vise à réparer un dommage déjà causé ou certain.¹²⁶ La responsabilité des autorités peut cependant être engagée lorsqu'une atteinte s'est produite et qu'elle est attribuée à l'excès ou à l'insuffisance de précaution ; celle des particuliers peut leur être imputée, le cas échéant, pour violation du principe de précaution.

Or le juge appelé à statuer en responsabilité étatique ou civile pour insuffisance de précaution est confronté à différents obstacles. Le premier est lié à la preuve du rapport de causalité entre le fait présumé dommageable et le dommage : difficulté à identifier l'auteur des nuisances dans des « myriades de micro-décisions singulières, mêlées à un nombre indéfini d'interventions prenant sens au niveau des systèmes institués. [...] Tout se passe comme si la responsabilité, en allongeant son rayon, diluait ses effets, jusqu'à rendre insaisissable l'auteur ou les auteurs des effets nuisibles à redouter ».¹²⁷ La question se pose aussi de savoir jusqu'où peut s'étendre la responsabilité dans l'espace et dans le temps : « la chaîne des effets empiriques de nos actes [...] est virtuellement sans fin ».¹²⁸ Il faut prendre en compte les effets indirects, les effets à long terme et les effets cumulatifs qui se produisent dans la plupart des mécanismes écologiques, voire les distances géographiques entre source de pollution et dommage, ainsi que la diversité des causes de l'atteinte qui rendent la preuve de la causalité d'autant plus difficile.¹²⁹

¹²⁴ OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 14

¹²⁵ Cf. FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*, p. 12 ; GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 35-36

¹²⁶ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 221 ; ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 107

¹²⁷ RICOEUR, p. 44

¹²⁸ Idem, p. 45

¹²⁹ PETITPIERRE-SAUVAIN, *La responsabilité du pollueur*, p. 22 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 211 ; dans le même sens WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 451

Si l'incertitude scientifique subsiste au moment du contentieux en responsabilité, la preuve de la causalité peut même être impossible à apporter.¹³⁰ Afin que le droit de la responsabilité soit en mesure d'appréhender la violation du principe de précaution, il faut ainsi alléger le fardeau de la preuve du rapport de causalité, comme le prévoit la loi sur le génie génétique.¹³¹ Une seconde difficulté réside dans le fait que l'examen est alors rétrospectif, le juge relisant l'histoire avec des connaissances acquises après coup.¹³² Un troisième obstacle résulte de l'indétermination du principe de précaution, et en corollaire de la marge de manœuvre de ceux qui le mettent en œuvre, indétermination dont l'importance réduit d'autant la possibilité d'imputer une responsabilité pour précaution insuffisante. Dernier écueil, la prescription : le principe de précaution implique de par sa nature même (prise en compte du long terme et caractère dynamique des obligations imposées) l'imprescriptibilité des actions en responsabilité.¹³³ Tout cela concourt à rendre aléatoires les chances de succès d'une action en responsabilité pour insuffisance de précaution, nous le constaterons dans le chapitre 8.¹³⁴

Concernant la responsabilité qui pourrait par hypothèse être imputée à un particulier pour insuffisance de précaution, rappelons que la responsabilité civile peut être engagée pour faute ou, en cas d'activités dangereuses, pour risque – donc sans faute (responsabilité objective) –, ce dernier type de responsabilité comprenant parfois des clauses d'exonération. Dans le cas de la responsabilité pour faute, l'auteur d'un dommage est exonéré s'il n'a pas violé intentionnellement ou par négligence un devoir imposé par la loi. Selon la doctrine suisse unanime, les personnes pouvant être tenues d'une responsabilité pour faute (art. 41 du code des obligations suisse [CO]¹³⁵) ou d'une responsabilité fondée sur la violation d'un devoir particulier de diligence (art. 55 et 58 CO, 679 CC) ne sauraient assumer les conséquences de risques ignorés ou largement sous-évalués, donc imprévisibles.¹³⁶ À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs jamais retenu à ce jour une responsabilité civile extracontractuelle pour violation du principe de précaution. La sanction du non-respect du principe de précaution serait ainsi généralement exclue de la responsabilité civile pour faute, à moins que le principe de précaution ne soit concrétisé de façon à prescrire des obligations claires et précises aux particuliers.

La responsabilité pour risque de développement est un mécanisme particulier de la responsabilité civile qui permet d'imputer un dommage à un sujet qui ne pouvait pas en prévoir la réalisation. Le risque de développement concerne le risque dont la

¹³⁰ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 380

¹³¹ Art. 33 LGG

¹³² ATF 132 II 305, cons. 4.4

¹³³ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 391-393 ; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 8c_470/2009 du 29 janvier 2010 qui a délié la SUVA de toute responsabilité envers l'épouse d'une victime de l'amiante, le délai de prescription de dix ans commençant à courir non pas depuis le début de la maladie, mais dès la fin de l'acte dommageable

¹³⁴ Ch. 8, pt. 8.2.2.C

¹³⁵ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, RS 220)

¹³⁶ WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 463

dangerosité n'est pas détectable lors de la mise en circulation d'un produit ou l'exercice d'une activité : « les risques de développement sont a priori ignorés dans leur existence même, à tout le moins largement voire manifestement incertains ou sous-évalués dans leur dangerosité potentielle ».¹³⁷ On peut en déduire que les risques incertains visés par le principe de précaution tombent généralement dans la catégorie des risques de développement. Cela est controversé, pour le motif que les risques de développement concerneraient les situations d'ignorance, alors que le principe de précaution trouve à s'appliquer en situation d'incertitude.¹³⁸ Cette opinion n'est toutefois pas cohérente avec la notion de risque de développement telle que formulée ci-dessus. Notons par ailleurs que le régime de la responsabilité pour risque de développement étant très contraignant, il est parfois prévu d'exclure ce type de risques de la responsabilité du fait des produits. Nous y reviendrons dans le chapitre 8.¹³⁹ Contentons-nous de mentionner ici que l'extension de la responsabilité au risque de développement est considérée comme l'une des expressions du principe de précaution.¹⁴⁰

Remarquons également, comme le souligne Paul RICOEUR, que la responsabilité juridique est incapable d'appréhender l'immensité des catastrophes majeures que peuvent engendrer les applications incontrôlées du développement des sciences et de la technique, puisque notre responsabilité est alors illimitée et diffuse. La responsabilité juridique ne saisit ni le long terme, ni l'irréversibilité, et ignore les générations futures.¹⁴¹ Elle est en particulier impuissante à traduire en valeur monétaire des dommages irréversibles à l'homme et à l'environnement : « il y a de l'irréparable parce qu'il y a de l'hors de prix ».¹⁴²

Ces réflexions ne doivent pas décourager l'adaptation des régimes de responsabilité aux situations de risque scientifiquement incertain. D'une part, parce que cela peut avoir un effet incitatif en terme de prévention des risques. D'autre part, le principe de précaution pourrait entraîner un assouplissement de la notion de dommage, si l'on admettait que la simple menace de dommage à la santé ou à l'environnement est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.¹⁴³ La fonction de prévention de la responsabilité civile et étatique se verrait renforcée par une telle évolution du droit.

¹³⁷ Idem, p. 456

¹³⁸ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 383-384, selon qui l'assimilation de la logique de précaution à celle du risque de développement résulte d'une erreur « signe de l'incompréhension dont la notion [le principe de précaution] fait l'objet au sein de la doctrine ». C'est plutôt selon nous la définition du risque de développement qui semble être à l'origine de cette controverse

¹³⁹ Ch. 8, pt. 8.2.2.B et C

¹⁴⁰ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Coexistence et responsabilité*, p. 755

¹⁴¹ RICOEUR, p. 44-45 ; BOUTONNET, GUEGAN, p. 272-273

¹⁴² DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 182, qui évoque la disparition d'une fleur tropicale recelant des trésors pharmaceutiques inconnus

¹⁴³ KOURILSKY, VINEY, p. 180-181 ; cf. ch. 9, pt. 9.2.3

3.3.4. Précaution et responsabilité pénale

En matière pénale, l'insuffisance de précaution n'entre pas en ligne de compte lorsque l'existence d'un danger concret est une condition de l'infraction, comme c'est le cas pour l'infraction de mise en danger de la vie ou de la santé prévue aux articles 127 et 129 du code pénal suisse¹⁴⁴ (CP), ou pour les infractions de mise en danger collective prévues aux articles 230^{bis} à 233 CP (mise en danger par des organismes génétiquement modifiés¹⁴⁵ ou pathogènes, propagation d'une maladie de l'homme¹⁴⁶, d'une épizootie, d'un parasite dangereux).¹⁴⁷ Un danger n'est en effet qualifié de concret que si, d'après le cours ordinaire des choses, il y a une certaine probabilité ou un certain degré de possibilité que le bien juridique protégé soit lésé.¹⁴⁸ En situation d'incertitude scientifique quant au risque, l'auteur de la mise en danger pourra donc s'exculper en invoquant que le cours ordinaire des choses ne renseignait pas sur la probabilité ou le degré de possibilité de l'atteinte, puisque le risque n'est alors pas quantifiable.¹⁴⁹ Cela a été confirmé par un jugement concernant l'affaire du « sang contaminé » en Suisse, où la responsabilité d'une personne a été estimée engagée pour mise en danger par dol éventuel dès le moment où le risque de contamination par le VIH était devenu établi.¹⁵⁰ En droit pénal accessoire relatif aux produits thérapeutiques et aux denrées alimentaires, la mise en danger intentionnelle ou par négligence de la santé est aussi interprétée par le Tribunal fédéral comme limitée aux situations de danger concret.¹⁵¹

Cependant, la loi prévoit parfois la punissabilité de l'auteur de la création d'un délit abstrait de mise en danger ; lorsque tel est le cas, « il suffit que le comportement soit propre à porter préjudice à des biens juridiques pour l'incriminer ».¹⁵² Selon le Tribunal fédéral, la mise en danger abstraite suppose que « le législateur tient l'acte lui-même pour dangereux et le punit comme tel sans exiger que le danger se soit effectivement manifesté ».¹⁵³ C'est le cas, par exemple, des infractions de mise en danger collective prévues aux articles 234 à 236 CP (contamination de l'eau potable, altération de

¹⁴⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

¹⁴⁵ Sur l'absurdité d'une telle condition en matière d'organismes génétiquement modifiés, cf. ACKERMANN, SCHRÖDER, *Gen- «Mais», als Gefahr*, p. 22-23

¹⁴⁶ La doctrine est divisée concernant les conditions de cette infraction, cf. BEGLINGER, p. 1393-1398

¹⁴⁷ Sur le tout, idem, p. 1373, 1393, 1433 et 1444 ; ACKERMANN, SCHRÖDER, *Commentaire ad art. 230^{bis} CP*, p. 1378 et 1380

¹⁴⁸ CORBOZ, p. 159 ; ACKERMANN, SCHRÖDER, *Commentaire ad art. 230^{bis} CP*, p. 1381-1382 ; ATF 106 IV 12 cons. 2a ; 121 IV 70, cons. 2a/aa

¹⁴⁹ Dans ce sens ACKERMANN, SCHRÖDER, *Commentaire ad art. 230^{bis} CP*, p. 1386, selon qui de simples soupçons quant à un risque ne suffisent pas à fonder un devoir de prudence dans le cadre de l'art. 230^{bis} CP

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 mars 2000, 6S.769/1999, dans lequel le Tribunal fédéral statue sur la responsabilité pénale d'un directeur-général du Laboratoire central de la Croix-Rouge pour diffusion de produits susceptibles de transmettre le virus HIV aux hémophiles, cons. B.b ; *Rapport VOYAME*, p. 52

¹⁵¹ Cf. par exemple l'ATF 124 IV 297 relatif aux art. 47 et 48 LDAI, cons. 2d, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2008, 6B 115/2008, cons. 2.4.1, relatif à l'art. 86 de la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21) ; concernant la LPTh, cf. également BEGLINGER, p. 1400

¹⁵² HURTADO POZO, p. 457

¹⁵³ ATF 97 IV 205, cons. 2

fourrages et mise en circulation de fourrages altérés)¹⁵⁴, ou des infractions prévues par certaines dispositions du droit pénal accessoire relatif à la protection de la santé publique¹⁵⁵, pour autant que le comportement en question ne soit pas inoffensif en l'espèce.¹⁵⁶ Par ailleurs, la mise en danger abstraite réprimée par l'article 4 de l'ordonnance sur la prévention de la maladie de Creutzfeldt-Jakob lors des interventions médico-chirurgicales concerne bien une mise en danger incertaine, puisque « le risque visé est impossible à évaluer à l'heure actuelle ».¹⁵⁷ Il est ainsi envisageable que les risques incertains soient inclus dans le champ d'application des normes pénales visant la mise en danger abstraite de la vie ou de la santé humaine ou animale.

Nous pouvons en conclure que ni les normes pénales, ni la jurisprudence en la matière n'appréhendent de façon générale le risque scientifiquement incertain au moment des faits, tel que, par exemple, la mise sur le marché d'un produit issu de nanotechnologies susceptible de porter atteinte à la santé de l'utilisateur. Dans les cas où la loi se borne à prévoir une obligation de garantir la sécurité des produits ou de ne pas mettre les personnes en danger, la question de savoir s'il est possible de réprimer pénalement la violation du principe de précaution par des particuliers trouverait probablement une réponse négative lorsque seul l'auteur d'une mise en danger concrète de la santé est punissable. Par contre, la question demeure ouverte lorsque la création d'un danger abstrait suffit à engager la responsabilité pénale, sous réserve du respect du principe de la légalité qui impose une retenue particulière dans l'interprétation du droit pénal, une éventuelle lacune ne pouvant y être comblée qu'en faveur de l'accusé (art. 1 CP).¹⁵⁸ Il faudrait donc que le législateur prévienne la punissabilité de l'auteur de l'insuffisance ou du défaut de précaution, de façon générale en matière de santé publique ou spécifiquement à un domaine particulier, comme il l'a fait pour la prévention de la transmission de la maladie de Creutzfeldt-Jakob lors des interventions médico-chirurgicales. Notons qu'une telle extension de la responsabilité semble indiquée si l'on pense, par exemple, au cas du « sang contaminé » en France, où il est apparu que des motifs purement économiques, voire égoïstes, ont amené des cadres d'institutions publiques à ignorer sciemment des indices du risque grave encouru à l'époque par les personnes hémophiles et transfusées.¹⁵⁹ S'il est évident, dans cette affaire, que le risque a généralement été sous-évalué jusqu'en 1985 tout au moins, en Suisse comme ailleurs, il ne pouvait pas être entièrement ignoré depuis 1982 ou 1983 lorsque l'hypothèse de la

¹⁵⁴ ACKERMANN, p. 1450, 1460 et 1465

¹⁵⁵ BEGLINGER, p. 1400

¹⁵⁶ HURTADO POZO, p. 457-458 ; également ACKERMANN, p. 1453, pour la contamination de l'eau potable

¹⁵⁷ OFSP, *Bulletin n° 3 du 13 janvier 2003*, p. 28, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/dokumentation/publikationen/01435/01799/index.html?lang=fr> (consulté le 20 avril 2010)

¹⁵⁸ GRAVEN, p. 54-55

¹⁵⁹ HERMITTE, *Le principe de précaution*, p. 182, 186-188 et 192 ; concernant la Suisse, certains experts appelés à évaluer le déroulement de cette affaire affirment que les professionnels de la santé partageaient jusqu'à fin 1984 l'avis que le sang ne pouvait être contaminé en raison de l'auto-alimentation du pays en sang, et parce que les donneurs étaient volontaires, questionnés et le plus souvent bien connus (*rapport VOYAME*, p. 1-2 et 50-51)

transmission du VIH par le sang a été publiée dans la littérature internationale.¹⁶⁰ Par ailleurs, le délai de prescription en matière pénale devrait également être allongé de manière à permettre l'appréhension des dommages qui ne se manifestent qu'à long terme. On peut en conclure qu'à l'instar des rares exemples où la punissabilité de l'insuffisance de précaution a reçu une réponse législative explicite, il appartient au législateur de se saisir de la question de la répression de la création de risques scientifiquement incertains.

¹⁶⁰

SETBON, p. 389-390 ; HERMITTE, *Le principe de précaution*, p. 183-185

PARTIE II. PRINCIPE ET DÉMARCHES DE PRÉCAUTION : ÉTAT DU DROIT

Avant d'évaluer, dans la troisième partie de notre étude, la pertinence de l'extension du champ d'application du principe de précaution au domaine de la santé publique, nous allons nous attacher à identifier le principe dans le droit positif. Nous décrirons tout d'abord le point de départ du cheminement du principe de précaution, son émergence en droit allemand de l'environnement et sa signification dans cet ordre juridique. Nous mentionnerons ensuite sa réception en droit international, en droit de l'Union européenne et en droit suisse, selon la chronologie de son implantation. Nous examinerons à cette occasion sa nature juridique et les possibilités d'accès à la justice des particuliers, afin de mesurer son « effectivité » – son potentiel d'amélioration tangible de la protection de l'environnement. Dans le chapitre suivant, nous étudierons, dans ces trois ordres juridiques, l'invocation du principe de précaution en matière de santé publique, dont l'origine est essentiellement jurisprudentielle. Nous nous efforcerons également de déceler les démarches de précaution visant à protéger la santé, puisqu'en Suisse, l'existence d'un principe général de précaution n'est pas (encore) établie dans ce domaine. L'objectif de cette seconde partie est de saisir l'ampleur et la portée de l'enracinement actuel de la précaution, comme principe juridique ou comme démarche, en matière de protection de l'environnement et de santé publique.

Chapitre 4. En droit de l'environnement : émergence, nature juridique du principe de précaution et accès à la justice

Le droit de l'environnement est le berceau du principe de précaution.¹ Ce n'est que par la suite, à la faveur notamment de la crise de la « vache folle », qu'il a été invoqué en matière de santé publique, par les instances judiciaires de l'Union européenne, dès la fin des années 1990, puis en Suisse de façon ponctuelle.² Préalablement à l'étude de l'extension de son champ d'application, nous allons remonter à ses origines : le principe de précaution est apparu en Allemagne, s'est ensuite implanté en droit international de l'environnement, puis en droit de l'environnement de l'Union européenne, avant d'être mentionné pour la première fois dans le texte français d'une loi suisse, celle sur le génie génétique.³ Nous suivrons son avancée et nous interrogerons en cours de route sur sa nature juridique, son caractère directement applicable ou non, et, en corollaire, sur l'accès à la justice des particuliers invoquant le défaut ou l'insuffisance de précaution.

¹ Entre autres BOUTONNET, GUEGAN, p. 253 ; GOSSEMENT, p. 20 ; TROUWBORST, p. 12

² Cf. ch. 5, pts. 5.2.2.A et 5.3.1.A

³ Art. 2 LGG

4.1. Le principe de précaution en droit allemand de l'environnement

Avant l'émergence du principe de précaution, certains États ont parfois suivi des démarches de précaution pour protéger l'environnement.⁴ Mais c'est en Allemagne que le concept s'érige en principe⁵, le *Vorsorgeprinzip*, qui se généralise dans la législation relative à la protection de l'environnement dès le milieu des années 1970. Le contenu du principe de précaution en droit allemand est cependant parfois plus large qu'en droit international et en droit de l'Union européenne. Comme, en Suisse, une partie de la doctrine et de la jurisprudence semble s'être inspirée de ce *Vorsorgeprinzip*, entretenant une certaine confusion sur sa signification, c'est par une brève évocation du concept en droit allemand que nous allons débiter. Nous verrons dans les points suivants comment le principe de précaution a acquis des contours plus précis en s'implantant dans le droit international, puis dans le droit de l'Union européenne.

4.1.1. L'émergence du principe de précaution

La doctrine allemande situe la première expression implicite du principe de précaution dans un programme de 1971 du gouvernement allemand définissant la politique environnementale. Selon ce texte, les effets adverses des développements économiques et sociétaux doivent être reconnus à temps et évités, par le biais d'une planification à long terme de la protection de l'environnement.⁶ Un rapport gouvernemental du 14 juillet 1976 précise, sous le titre *Vorsorgeprinzip* : « Umweltpolitik erschöpft sich nicht in der Abwehr drohender Gefahren und der Beseitigung eingetretener Schäden. Vorsorgende Umweltpolitik verlangt darüber hinaus, dass die Naturgrundlagen geschützt und schonend in Anspruch genommen werden ».⁷

Entre-temps, un devoir de précaution a été prévu dans le Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)⁸, entré en vigueur le 15 mars 1974. Selon l'article 5 alinéa 1 chiffre 2 de cette loi, les installations en cause doivent être exploitées de sorte à ce que « Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird [...] ». Le principe de précaution a ensuite été introduit dans de nombreuses lois relatives à la protection de l'environnement, de façon implicite ou explicite.⁹ Sa mise en œuvre est prévue notamment à l'article 17 du Chemikaliengesetz (ChemG)¹⁰, aux articles 7 et 17 du

⁴ MARTIN-BIDOU, p. 633 ; ASHFORD p. 128 ; OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 8-9 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 164-166 ; FREESTONE, HEY, *Implementing the Precautionary Principle*, p. 256

⁵ HANSCHER, p. 102 ; OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 9 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 19 ; ARNDT, p. 13

⁶ Cf. KLOEPFER, p. 173, note 22 ; ARNDT, p. 14 ; le texte en question n'est pas publié sur Internet

⁷ BT-Drs. 7/5684, p. 8, disponible sous <http://drucksachen.bundestag.de/drucksachen/index.php> (consulté le 28 septembre 2010)

⁸ BGBl. I 2002, p. 3830

⁹ Cf. KLOEPFER, p. 173-174 ; ARNDT, p. 18 ; HANSCHER, p. 113-118

¹⁰ BGBl. I 2008, p. 1146

Bundesbodenschutzgesetz (BbodSchG)¹¹, ainsi qu'à l'article 1 chiffre 1, et à l'article 6 alinéa 1 du Gentechnikgesetz (GenTG).¹²

4.1.2. Le contenu du principe de précaution

Dans des lignes directrices du 19 septembre 1986, le gouvernement allemand formula l'idée que le *Vorsorgeprinzip* comprend : la prévention des dangers concrets pour l'homme et l'environnement (Gefahrenabwehr), la prévention des risques avant qu'ils ne se concrétisent (Risikovorsorge), et la prévention orientée vers le futur (Zukunftvorsorge).¹³ Cette opinion fut en particulier répétée dans un rapport du 3 mai 1990 de l'office fédéral allemand de l'environnement.¹⁴ Il s'agit d'une acception vaste du principe de précaution, qui englobe la prévention des risques. Au sein de la doctrine allemande, un consensus minimal règne sur le fait que le *Vorsorgeprinzip* impose de prévenir les atteintes à l'environnement autant que possible : l'apparition même d'un danger doit être évitée et les risques scientifiquement incertains sont pris en compte. Selon certains auteurs, le principe vise en outre la préservation des ressources.¹⁵

On voit donc qu'en Allemagne, le *Vorsorgeprinzip* désigne parfois indistinctement prévention et précaution. Notons cependant que des textes plus récents attribuent au principe une signification qui correspond à celle qui a cours en droit international et en droit de l'Union européenne. Ainsi, selon un rapport du gouvernement « Aktionsplan Verbraucherschutz » du 7 mai 2003 : « Für den Schutz von Gesundheit, Sicherheit als auch der Umwelt macht sich die Bundesregierung das Vorsorgeprinzip zu eigen. Auch wenn Unsicherheiten in der wissenschaftlichen Bewertung und damit Unklarheit über das Ausmass bestimmter Gesundheitsgefährdungen bestehen, können nach Massgabe der Verhältnismässigkeit vorsorgende Massnahmen ergriffen werden ».¹⁶

¹¹ BGBl. I 1998, p. 502

¹² BGBl. I 1993, p. 2066

¹³ BT-Drs. 10/6028, p. 7 (cf. p. 72, note 7)

¹⁴ BT-Drs. 11/7168, p. 26 (cf. p. 72, note 7) ; cf. ARNDT, p. 13-15 ; HANSCHER, p. 102

¹⁵ Cf. KLOEPFER, p. 174-175 ; ARNDT, p. 16-17 et 26-34 ; HANSCHER, p. 104-105

¹⁶ BT-Drs. 15/959, p. 5 (cf. p. 72, note 7)

4.2. Le principe de précaution en droit international de l'environnement

Le principe de précaution a acquis un rayonnement mondial au début des années 1990 avec son inscription dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ainsi que dans de nombreux instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement. Son déploiement en droit international s'est répercuté dans le droit interne des États¹⁷, de manière inégale, souvent implicite et moins étendue qu'en droit international¹⁸ ; sa progression y semble néanmoins « tout à fait irrésistible ».¹⁹ Nous allons voir que malgré son succès en droit international de l'environnement, de nombreuses controverses demeurent quant à la nature juridique du principe de précaution dans cet ordre juridique.

4.2.1. La réception du principe dans les instruments internationaux

Avant l'apparition de la notion de précaution dans des instruments conventionnels internationaux, la Charte mondiale de la nature, adoptée à New York le 28 octobre 1982²⁰, préconisait une démarche de précaution : « les activités comportant un degré élevé de risques pour la nature seront précédées d'un examen approfondi et leurs promoteurs devront prouver que les bénéfices escomptés l'emportent sur les dommages éventuels pour la nature et, lorsque les effets nuisibles éventuels de ces activités ne sont qu'imparfaitement connus, ces dernières ne devraient pas être entreprises » (par. 11b). Certains auteurs situent la première apparition du principe de précaution en droit international dans cet acte non contraignant.²¹

Le principe de précaution fit explicitement son entrée sur la scène internationale à l'initiative de l'Allemagne, dans le cadre de la coopération des pays riverains pour la protection de la mer du Nord.²² Il sera dès lors énoncé dans différentes conventions internationales concernant la pollution marine et son adoption recommandée par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE).²³ Le principe de précaution fut par ailleurs à l'origine du Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone²⁴, dont les Parties, d'après

¹⁷ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 113 ; GOSSEMENT, p. 46 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 94

¹⁸ Sur la réception du principe de précaution dans les droits nationaux de l'environnement, cf. OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 60ss ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 151-166

¹⁹ LEBEN, VERHOEVEN, p. 8 ; également FLÜCKIGER, p. 113

²⁰ Résolution 37/7, Documents officiels de l'Assemblée générale, 37^e session, suppl. n° 51 (A/37/51), p. 19, 1983

²¹ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 138 ; BOUTONNET, GUEGAN, p. 255

²² EWALD, *Philosophie politique*, p. 8 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 138 ; sur l'histoire de l'émergence du principe de précaution, cf. Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 96ss ; FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle*, p. 3ss ; MARTIN-BIDOU, p. 634-642 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 17-19 et 27-44

²³ Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 98-102 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 28

²⁴ RS 0.814.021

le préambule, sont « déterminées à protéger la couche d'ozone en prenant des mesures de précaution pour réglementer équitablement le volume mondial total des émissions de substances qui l'appauvrissent ». Des mesures de réglementation furent effectivement prévues dans ce Protocole alors que la responsabilité des chlorofluorocarbones (CFC) dans la formation du « trou d'ozone » était encore scientifiquement incertaine en 1987, incertitude d'ailleurs rapidement écartée.²⁵

Le principe de précaution fut ensuite évoqué au sein des Nations Unies lors de la préparation du Sommet de la terre de 1992 à Rio comme un moyen de réaliser l'objectif du développement durable²⁶, dans un contexte de prise de conscience du caractère global de problèmes environnementaux (gestion des ressources naturelles, détérioration de la couche d'ozone, impact de certaines conduites locales sur le climat terrestre, par exemple).²⁷ La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992, adoptée lors de la Conférence de Rio, prévoit l'application du principe de précaution à toutes les questions environnementales : selon son principe 15, « 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 ». Un rapport de l'OCDE relatif à l'incidence du principe de précaution sur les échanges et l'environnement précise que le principe 15 de la Déclaration de Rio est la formulation la plus largement adoptée et la plus fréquemment citée lorsqu'il est question du principe de précaution.²⁸ Le principe est également au centre d'une autre convention adoptée à la faveur de la conférence de Rio, la Convention-cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992²⁹, et son contenu figure dans le préambule de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992.³⁰ Mentionnons enfin la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du

²⁵ MEGIE, p. 221-222

²⁶ GOSSEMENT, p. 49 ; BOUTONNET, GUEGAN, p. 254 ; selon BRUNDTLAND, p. 51, le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs. L'apparition de ce concept résulte du constat de l'interdépendance de la protection de l'environnement et du développement économique et social. Il traduit la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement (cf. BOISSON DE CHAZOURNES, DESGAGNE, MBENGUE, ROMANO, p. 6). Ainsi, selon le principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures » (où l'on perçoit un élément anticipatif qui est également central au principe de précaution). Le principe 4 de cette déclaration prévoit que « pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ». Sur le lien entre précaution et développement durable, EWALD, *Philosophie politique*, p. 33s ; GOSSEMENT, p. 48s ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 48 ; KISS, p. 19ss ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 125-128

²⁷ BOUTONNET, GUEGAN, p. 253-254

²⁸ OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 7

²⁹ Art. 3 al. 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (RS 0.814.01)

³⁰ RS 0.451.43

Nord-Est du 22 septembre 1992 qui prévoit, au nom du principe de précaution, que celui qui souhaite immerger certains déchets radioactifs dans l'espace maritime doit prouver l'innocuité de son activité.³¹ Ayant acquis une dimension mondiale suite à sa consécration dans les textes issus de la Conférence de Rio, le principe de précaution sera dès lors énoncé dans la majeure partie des instruments internationaux relatifs à la protection internationale de l'environnement.³²

4.2.2. La nature juridique du principe de précaution

Les caractéristiques qui constituent la nature juridique du principe de précaution en droit international donnent lieu à de multiples controverses : s'agit-il d'un principe juridique de portée obligatoire ou n'a-t-il qu'une portée politique ? S'agit-il d'une norme que les autorités peuvent appliquer en l'absence de concrétisation législative, est-il justiciable ? Questions auxquelles nous allons nous efforcer de répondre et que nous retrouverons lorsque nous étudierons la réception du principe de précaution en droit de l'Union européenne et en droit suisse.

A. Un principe général du droit international de l'environnement ?

Même si diverses notions sont utilisées pour qualifier le principe de précaution, telles que « standard » (norme de bon comportement servant de référence pour apprécier la conduite d'un État)³³, « approche », ou même « philosophie » – ces deux dernières n'ayant aucun caractère normatif³⁴ –, le principe de précaution est bien en droit international de l'environnement un principe juridique, en raison de la généralité de sa formulation et de son autorité supérieure, tout au moins lorsqu'il est inclus dans une disposition de nature contraignante.³⁵ Il a en effet été consacré en droit international sur des bases conventionnelles déterminées, au titre de *lex specialis*.³⁶

La seconde question qui se pose est celle de savoir si le principe de précaution peut être considéré comme un principe général du droit international de l'environnement, c'est-à-dire une règle coutumière impliquant une force obligatoire pour tous les États indépendamment des textes juridiques mentionnant le principe de façon contraignante (cf. art. 38 par. 1 du Statut de la Cour internationale de Justice³⁷).³⁸ Certains auteurs

³¹ Art. 3 al. 3 let. c de l'annexe II de la Convention

³² Entre autres Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 103-108 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 142 ; pour le recensement de la référence au principe de précaution dans les textes de droit international, cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 138-145 ; EWALD, *Philosophie politique*, p. 9-15 ; GOSSEMENT, p. 520-524

³³ Cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 263-268, qui critique la théorie du principe de précaution comme standard juridique

³⁴ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 84 et 87-88 ; sur la précaution comme principe ou *approach*, également PEREZ, p. 16-17 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 169-176

³⁵ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 248-255 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 175-176 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 84

³⁶ Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 95

³⁷ Disponible sous <http://www.un.org/french/aboutun/icjstatute/> (consulté le 10 mai 2010)

³⁸ On entend par principe général du droit international une règle générale déduite de l'esprit des coutumes et des conventions internationales en vigueur (NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET,

considèrent que le principe de précaution a d'ores et déjà acquis le statut de droit coutumier, malgré l'opposition de certains États, comme les États-Unis d'Amérique, à sa reconnaissance comme principe général.³⁹ Ils invoquent le fait que le Tribunal international du droit de la mer, notamment dans les affaires relatives au *thon à nageoire bleue*, a implicitement recouru au principe de précaution pour justifier des mesures conservatoires.⁴⁰ D'autres auteurs estiment que le principe de précaution n'a pas encore acquis le statut de droit coutumier, puisque ni la doctrine, ni la jurisprudence internationale ne donnent de réponse définitive à la question de sa nature juridique.⁴¹ Il s'agirait d'une règle coutumière en train de se créer, d'un principe émergent du droit international, comme en témoigne sa présence dans de nombreuses conventions internationales, déclarations politiques et jugements des tribunaux de l'Union européenne et de tribunaux nationaux.⁴² Pierre-Marie DUPUY suppose que l'absence de reconnaissance jurisprudentielle du caractère coutumier consacrant la portée générale du principe de précaution résulte de l'indétermination de son contenu⁴³, ainsi que de la difficulté à estimer les coûts et les conséquences économiques, voire sociales, de sa mise en oeuvre.⁴⁴ Remarquons cependant que le Tribunal de première instance de

p. 341) ; cette catégorie de principes peut être distinguée des principes généraux *de* droit, principes communs aux systèmes juridiques nationaux comme l'interdiction de l'abus de droit ou le principe de la bonne foi. La mise en œuvre répétée des principes généraux *de* droit les transforme en norme coutumière ; sur le tout, cf. NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET, p. 340-346

³⁹ CAMERON, ABOUCHAR, p. 30-52 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 142 ; SANDS, *Principles*, p. 212-213 ; TROUWBORST, p. 8-9

⁴⁰ SANDS, *Les Cours internationales*, p. 32 et 35 ; affaires du *thon à nageoire bleue*, Australie/Nouvelle-Zélande c. Japon - Affaires 3 et 4, 1999, disponibles sous http://www.itlos.org/start2_fr.html (consulté le 27 avril 2010)

⁴¹ Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 95 ; selon BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution*, p. 12 : « le seul obstacle important à cet égard est son acceptation par l'ensemble de la communauté internationale comme principe de droit international général » ; dans le même sens CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 221-224 ; pour une analyse détaillée de la jurisprudence internationale, cf. Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 108-111 ; GOSSEMENT, p. 53s ; SANDS, *Les Cours internationales*, p. 31ss

⁴² PEREZ, p. 17 ; Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 95 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 87, qui cite la *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 52, note 24), pt. 3, selon laquelle « le principe de précaution s'affirme progressivement en tant que principe de droit international dans les domaines de la protection de la santé et de l'environnement »

⁴³ Dans ce sens également MARCEAU, p. 136

⁴⁴ Pierre-Marie DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente*, p. 110-111 ; par contre CHRISTOFOROU, p. 227, est d'avis que l'essentiel du contenu du principe de précaution est suffisamment déterminé pour que le principe soit considéré comme un principe général ou une règle coutumière du droit international : « Striped of all its peripheral/functional elements, the precautionary principle is essentially about scientific uncertainty. In accordance with generally accepted theory of international law, it can therefore be argued that the precautionary principle, understood in that sense, has already become a principle or customary rule of international law, because all the requisite elements of *usus* and *opinio necessitatis* exist and have been met with quite strong, consistent and widespread acceptance. Any differences in the formulation of the principle in the available definitions relate rather to its peripheral/functional elements, like what should be the nature or extent of risk identified, the need to conduct a risk assessment or a cost/benefit analysis before taking the measure, etc, which do not as such

L'Union européenne a reconnu le principe de précaution comme principe général avant même qu'il n'ait fait l'objet de définitions juridiques précises.⁴⁵ En tout état de cause, on peut conclure que le principe de précaution se trouve pour le moins dans un processus de cristallisation en règle de droit coutumière du droit international de l'environnement.

Si l'on estime que le principe de précaution est un principe général émergent, donc non encore établi, sa portée dépendra de la nature du texte où il figure et de son libellé : s'il est formulé de façon non prescriptive, le principe de précaution sera dans cette optique considéré comme uniquement destiné à orienter l'action politique, alors que mentionné de façon impérative dans le dispositif d'un acte conventionnel, il aura un caractère contraignant. S'il figure de façon prescriptive dans le préambule d'une convention ou dans une déclaration, comme la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, son caractère contraignant se trouve atténué, s'agissant de droit de nature proclamatoire et incitative.⁴⁶

B. Un principe directement applicable par les autorités et « justiciable » ?

Outre la question de la force obligatoire du principe de précaution, se pose celle de son caractère directement applicable. Nous avons vu qu'un principe peut être juridique, donc obligatoire, sans être directement applicable.⁴⁷ Le caractère directement applicable d'une norme signifie qu'elle confère des droits ou impose des obligations aux individus et qu'elle est directement invocable en justice par ceux-ci⁴⁸ ; c'est ce que l'on appelle la « justiciabilité » d'une norme. En outre, du point de vue des autorités, une disposition est directement applicable si elle est suffisamment précise pour s'appliquer comme telle dans un cas d'espèce et fonder une décision concrète, en d'autres termes si elle est applicable en l'absence de réglementation particulière. Elle ne doit pas avoir un contenu exclusivement programmatique⁴⁹ ou n'être qu'une règle incitative ou interprétative.⁵⁰

Le contenu du principe de précaution est indéterminé car il n'indique pas quelles mesures doivent être prises face à quels risques. Comme ses destinataires, en droit international les États signataires, conservent une importante marge de manœuvre pour le mettre en œuvre, certains auteurs qualifient le principe de ligne directrice ("*guideline*", "*guide for policy development*") ou de principe inspirateur, dont on ne pourrait déduire des obligations claires et précises. Il s'agirait d'une norme non

affect the core and basic rationale of the principle (that is scientific uncertainty, risk and lack of clear causal link) »

⁴⁵ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, p. 194 ; également FREESTONE, HEY, *Implementing the Precautionary Principle*, p. 254, note 17 : « lack of definition is not an insuperable obstacle to the emergence of a legal principle »

⁴⁶ Sur le tout, DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 236-237 ; KOURILSKI, VINEY, p. 122 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 201

⁴⁷ Cf. ch. 2, pt. 2.2.2

⁴⁸ Cf. AUBERT, MAHON, p. 1442

⁴⁹ Cf. par exemple l'ATF 112 Ib 183, cons. 2a

⁵⁰ Cf. DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 76

directement applicable destinée à être précisée ou concrétisée par les États.⁵¹ Selon d'autres auteurs, le principe de précaution n'est pas toujours qu'un principe inspirateur : il aurait un caractère directement applicable lorsqu'il figure de façon suffisamment prescriptive dans un texte de portée normative.⁵² On peut en conclure qu'il n'existe pas, à ce jour, de réponse définitive à la question du caractère directement applicable ou non du principe de précaution en droit international de l'environnement : c'est au cas par cas qu'il convient d'y répondre.⁵³ Remarquons à ce sujet que les expressions qui introduisent le principe dans les instruments internationaux sont révélatrices de compromis politiques visant à lui octroyer une faible portée.⁵⁴ Et notons que malgré de nombreuses reconnaissances conventionnelles du principe de précaution en droit international de l'environnement, son statut juridique est à l'heure actuelle encore transitoire et donc incertain. Nous allons voir que tel n'est plus le cas ni en droit de l'Union européenne, ni en droit suisse.

4.3. Le principe de précaution en droit de l'environnement de l'Union européenne

Puisque la Suisse se montrera plus réticente à son égard, tout au moins concernant sa mention dans les textes constitutionnels, c'est par l'étude du droit de l'Union européenne que nous poursuivons la revue du déploiement du principe de précaution. Si le principe est bien ancré dans le droit de l'environnement de l'Union européenne – quoique concrétisé de façon fragmentaire –, nous allons voir que l'appréciation de son effectivité doit être nuancée.

4.3.1. Dans les traités constitutifs et dans la législation

En 1992, l'Union européenne a inscrit le principe de précaution, sans le définir, dans l'article 130-R du Traité de Maastricht⁵⁵ (devenu l'art. 191 du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]⁵⁶) relatif à la politique de l'Union en matière d'environnement : cette politique « est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive » (art. 191 par. 2 du Traité de Lisbonne).⁵⁷ Le mandat ainsi fait à l'Union européenne concrétise l'objectif, exprimé dans plusieurs dispositions du Traité, de garantir un haut niveau de protection de l'environnement. Il s'agit notamment de l'article 191 paragraphe 2, qui prévoit que la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, ainsi que de l'article 114 paragraphe 3, selon lequel la Commission, dans ses propositions en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend

⁵¹ Entre autres NOLLKAEMPER, p. 80 ; VON MOLKTE, p. 106 ; FREESTONE, HEY, *Implementing the Precautionary Principle*, p. 254

⁵² DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 77 et 79

⁵³ Idem, p. 78-79 et 81

⁵⁴ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 85

⁵⁵ Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, JOCE n° C-191 du 29 juillet 1992

⁵⁶ Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, JOCE n° C-306/01 du 17 décembre 2007

⁵⁷ En droit de l'environnement de l'Union européenne également, la démarche de précaution est antérieure à l'inscription du principe dans les textes normatifs, cf. ARNDT, p. 86-93 ; sur le développement du principe de précaution en droit de l'Union européenne, idem, p. 71-104

pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Le Parlement européen et le Conseil doivent également s'efforcer d'atteindre ces objectifs dans le cadre de leurs compétences respectives.

Le principe de précaution a par ailleurs été introduit dans plusieurs directives et règlements du droit dérivé concernant la protection de l'environnement, de façon le plus souvent implicite.⁵⁸ Citons, à titre d'exemple, d'une part, la directive 2001/18/CE du Parlement et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement⁵⁹, qui mentionne expressément le principe de précaution, et, d'autre part, la directive 98/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 concernant la mise sur le marché de produits biocides⁶⁰, qui prévoit que les produits dangereux doivent être substitués, lorsque c'est possible, par des équivalents comportant moins de risques (art. 10 par. 5). Nicolas DE SADELEER remarque cependant qu'à l'exception des mesures concernant la protection de la couche d'ozone et l'utilisation de filets dérivants, « les actes de droit dérivé réglementant l'évaluation des risques reposent, dans leur grande majorité, sur des exigences relativement strictes en termes de connaissance scientifique qui écartent dans une large mesure le recours au principe de précaution ».⁶¹ Le mandat de garantir un haut niveau de protection de l'environnement par le biais de la mise en œuvre du principe de précaution serait dès lors loin d'être rempli.

4.3.2. La nature juridique du principe de précaution et l'accès des particuliers à la justice

Contrairement à ce qui prévaut en droit international de l'environnement, le caractère juridique du principe de précaution n'est pas controversé en droit de l'Union européenne. Certains désaccords demeurent, relatifs aux modes d'application du principe. Nous allons voir en outre que les juges sont souvent peu enclins à sanctionner le défaut ou l'insuffisance de précaution, et que les possibilités d'accès des particuliers à la juridiction de l'Union européenne sont limitées en matière de protection de l'environnement.

⁵⁸ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 97 ; pour des exemples, DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 149-150

⁵⁹ JO n° L 106/1 du 17 avril 2001

⁶⁰ JO n° L 123/1 du 24 avril 1998

⁶¹ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 99-100 ; dans ce sens également ARNDT, p. 95-96

A. Un principe juridique directement applicable par les autorités ?

Tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent sur le fait que le principe de précaution est un principe obligatoire de droit de l'environnement de l'Union européenne, en raison de son degré de généralité et parce que, figurant explicitement dans le traité constitutif (art. 191 par. 2 du Traité de Lisbonne), il s'impose avec une autorité supérieure.⁶² Selon la Cour de justice de l'Union européenne, il s'agit d'un principe fondamental de la protection de l'environnement.⁶³ Le principe de précaution est également qualifié d'« instrument d'action » (*Handlungsprinzip*), puisqu'il indique comment atteindre le but de protection de l'environnement visé.⁶⁴ Le Tribunal de première instance de l'Union européenne, ainsi que de nombreux auteurs, estiment qu'il s'agit même d'un principe général du droit prescrivant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels, non seulement pour l'environnement, mais aussi pour la santé publique et la sécurité des consommateurs.⁶⁵

Le principe de précaution tel qu'il figure dans le Traité constitutif s'adresse avant tout aux pouvoirs publics et non aux particuliers, les premiers ayant la charge de le concrétiser de façon obligatoire pour les seconds.⁶⁶ Conformément à sa nature juridique, le principe de précaution s'impose aux autorités de l'Union européenne et à celles des États membres qui agissent dans le champ du droit de l'Union.⁶⁷ Cela tout d'abord comme source d'inspiration du législateur, puisque les institutions de l'Union européenne, et celles des États membres pour autant que des mesures (exhaustives) d'harmonisation fassent défaut, doivent le respecter lorsqu'elles exercent leurs compétences législatives – où elles disposent cependant d'un vaste pouvoir d'appréciation résultant de l'indétermination du principe.⁶⁸ Il oriente également le droit positif dans la mesure où les autorités de l'Union européenne ainsi que celles des États

⁶² Cf. par exemple l'arrêt de la CJCE du 5 octobre 1999, *Paolo Lirussi*, C-175/98, et *Francesca Bizzaro*, C-177/98, pt. 51 ; PÂQUES, p. 4, note 9 ; EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 28 ; CHRISTOFOROU, p. 227 ; ARNDT, p. 158

⁶³ Avis 2/00 de la Cour de justice du 6 décembre 2001 concernant la signature de l'accord de la Communauté européenne sur la biodiversité complété par le protocole de Carthagène, *Rec.* p. I-9713, 2001, pt. 29

⁶⁴ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 263 ; EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 25

⁶⁵ Arrêt du TPICE du 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes* dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 184 : « [...] le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » ; entre autres ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 106 ; DE SADELEER, *Le principe de précaution*, p. 130 ; cf. également ch. 5, pt. 5.2.2

⁶⁶ *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 52, note 24), pt. 2 ; EWALD, *Philosophie politique*, p. 25 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 330

⁶⁷ CHRISTOFOROU, p. 227

⁶⁸ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 145, note 330, et p. 241 ; BREIER, VYGEN, p. 1734 ; EPINEY, p. 114 et 121

membres doivent interpréter le droit dérivé conformément au principe de précaution, même si une directive ou un règlement ne le mentionne pas expressément.⁶⁹

Selon une partie de la jurisprudence et de la doctrine, le principe de précaution tel qu'il figure à l'article 191 paragraphe 2 du Traité de Lisbonne peut en outre avoir un effet direct (autonome) pour les institutions de l'Union européenne, lorsque c'est nécessaire pour parvenir au niveau déterminé de protection de l'environnement, quand bien même le droit dérivé applicable ne l'intègre pas.⁷⁰ Cela n'est cependant pas le cas à l'égard des États membres, puisque l'article 191 paragraphe 2 du Traité de Lisbonne ne leur est pas directement adressé, à moins que le principe de précaution ne soit repris dans un acte de droit dérivé.⁷¹

B. La « justiciabilité » du principe et l'accès des particuliers à la justice

Si l'on admet que le principe de précaution est une règle de droit ayant une portée autonome, cela implique qu'il peut être invoqué en tant que tel devant les tribunaux de l'Union européenne ainsi que les tribunaux nationaux.⁷² L'effectivité de son caractère justiciable est relativisée par le fait qu'une non-action n'est en principe sanctionnée que si le devoir correspondant est suffisamment déterminé, sachant que la concrétisation du principe de précaution dans le droit dérivé n'a eu lieu que de façon fragmentaire.⁷³ Les juges de l'Union européenne peuvent cependant eux-mêmes préciser la portée du principe dans le cas d'espèce, par exemple s'il est prévu que seuls des produits dont la sécurité est démontrée sont mis sur le marché⁷⁴, ou en procédant par analogie lorsqu'un certain type d'activité a suscité une mesure de précaution.⁷⁵

Concernant la « justiciabilité » du principe de précaution, tel qu'ancré dans le droit de l'Union européenne, devant les juridictions des États membres, la Cour de justice a estimé qu'il est possible de se prévaloir devant les tribunaux nationaux de droits contenus dans certaines directives en matière d'environnement, à condition que les

⁶⁹ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 90 ; EPINEY, p. 114 et 120-121

⁷⁰ EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 28 ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, p. 201 ; GODARD, *Le principe de précaution face au dilemme*, p. 60 ; ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 107 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 93 ; cf. par exemple l'arrêt du TPICE du 26 novembre 2002, *Artgodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes* dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 184 : « [...] dans la mesure où les institutions communautaires sont responsables, dans l'ensemble de leurs domaines d'action, de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome découlant des dispositions susmentionnées du traité » ; *contra* : ARNDT, p. 153

⁷¹ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 127 et 130

⁷² DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 78

⁷³ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 99-100

⁷⁴ Arrêt du TPICE du 11 juillet 2007, *Royaume de Suède e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-229/04

⁷⁵ Sur le tout, cf. EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 27-30

normes en question soient suffisamment claires, précises et inconditionnelles.⁷⁶ Il semble donc que les activités considérées comme risquées ainsi que les mesures envisagées doivent être précisées dans le droit dérivé pour que les particuliers puissent avec succès contester, au sein de leur État, l'absence de transposition du principe de précaution.

Au contrôle restreint du juge qu'implique l'indétermination du principe de précaution⁷⁷, s'ajoute le fait que le rôle des particuliers est limité devant les juridictions de l'Union européenne en matière de protection de l'environnement. En effet, selon l'article 263 paragraphe 4 du Traité de Lisbonne et la jurisprudence constante de la Cour de justice, la qualité pour agir dans le cadre d'un recours en annulation est reconnue, outre au destinataire d'un acte de l'Union européenne (par exemple directive, règlement, décision), à toute personne qui peut démontrer qu'elle est individuellement et directement concernée par l'acte attaqué.⁷⁸ Pour cela, certaines qualités doivent lui être particulières ou la situation de fait la caractériser par rapport à tout autre, de sorte à l'individualiser de manière analogue au destinataire de l'acte.⁷⁹ Il en est de même pour le recours en carence qui vise à se plaindre devant la Cour de justice de l'inactivité d'une institution de l'Union européenne : seules les décisions qui auraient dû être adressées à l'administré ou qui auraient dû avoir un effet juridique à son égard fondent sa qualité pour agir (art. 265 par. 3 du Traité de Lisbonne).⁸⁰ Ces procédures permettent d'ailleurs aux autres organes de l'Union européenne ainsi qu'aux États membres de faire contrôler en justice la légalité du droit dérivé ou la carence des institutions à l'aune du principe de précaution⁸¹ ; en pratique, ce contrôle serait marginal.⁸² Enfin, les particuliers n'ont pas la qualité pour agir devant la Cour de justice par le biais du recours en manquement qui vise à faire constater le manquement d'un État à ses obligations en vertu du Traité ou du droit dérivé (art. 258 et 259 du Traité de Lisbonne).⁸³ Seule possibilité qui leur est offerte en cas de non-respect par un État membre de la législation de l'Union européenne : la plainte à la Commission, qui n'octroie cependant pas un droit à ce qu'il lui soit donné suite⁸⁴, et qui est dans une certaine mesure ineffective, la Commission manquant de moyens pour effectuer ce type de contrôle.⁸⁵

⁷⁶ MANES, p. 1354 ; EPINEY, p. 163-164

⁷⁷ Pour le droit communautaire, DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 112-115 ; EPINEY, p. 114-115 ; ARNDT, p. 169 ; cf. également ch. 3, pt. 3.2.2

⁷⁸ EPINEY, p. 169 ; AYER, p. 167-168 ; quatre moyens sont invocables lors d'un recours en annulation : incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, détournement de pouvoir (art. 263 par. 2 du Traité de Lisbonne)

⁷⁹ MANES, p. 1354 ; AYER, p. 167

⁸⁰ AYER, p. 168-169

⁸¹ EPINEY, p. 161-163

⁸² DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 114 ; EPINEY, p. 115

⁸³ AYER, p. 188-189

⁸⁴ EPINEY, p. 52 ; AYER, p. 164-165

⁸⁵ EPINEY, p. 160

Si donc la voie du recours en annulation et celle du recours en carence sont ouvertes aux particuliers à l'encontre d'actes ou d'omissions des institutions de l'Union européenne, leur intérêt à agir est difficile à démontrer en matière de protection de l'environnement, puisqu'il s'agit souvent d'« intérêts communs, peu divisibles, diffus et touchant un nombre indéterminé de personnes ».⁸⁶ Cela d'autant plus que la jurisprudence est restrictive à cet égard et prive en grande partie les personnes qui devront supporter les conséquences éventuelles de l'absence de mise en œuvre du principe de précaution de possibilités d'action⁸⁷ : le danger potentiel visant en principe un dommage collectif, c'est l'État membre ou l'institution compétente de l'Union européenne qui devront représenter l'intérêt public devant les juridictions de l'Union.⁸⁸ Cela concourt à restreindre les possibilités pour les particuliers d'agir en justice pour insuffisance de précaution des institutions de l'Union européenne, même lorsque le devoir de précaution est concrétisé dans le droit dérivé ou par la jurisprudence. Certains auteurs prônent dès lors une interprétation de l'article 263 paragraphe 4 du Traité de Lisbonne qui tienne compte des spécificités de l'environnement, c'est-à-dire une interprétation plus large de l'intérêt individuel à agir.⁸⁹

Pour permettre tout de même, dans une certaine mesure, à la société civile de faire valoir ses intérêts en matière de protection de l'environnement devant les tribunaux, un règlement applicable depuis le 28 juin 2007 prévoit que des organisations non gouvernementales peuvent agir contre un acte administratif (de portée individuelle) relevant du droit de l'environnement, ou contre l'omission d'adopter un tel acte.⁹⁰ Quant à l'invocation du principe de précaution, tel qu'ancré dans le droit de l'Union européenne, devant les tribunaux nationaux, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les procédures de recours destinées à garantir les droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique de l'Union.⁹¹

Nous en concluons que s'il n'est pas exclu que le principe de précaution soit directement applicable par les autorités et qu'il puisse être invoqué comme principe de portée autonome devant les tribunaux, les possibilités d'accès des particuliers à la justice de l'Union européenne pour défaut ou insuffisance de précaution sont limitées en

⁸⁶ CHEROT, p. 235

⁸⁷ Sur la jurisprudence en matière de qualité pour agir dans une action en annulation, cf. CHEROT, p. 237-239

⁸⁸ Sur le tout, HANCHER, p. 202 ; ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 116 ; cet auteur cite la jurisprudence établie selon laquelle « la qualité de résident local, de pêcheur, d'agriculteur ou toute personne concernée par les conséquences d'une dégradation de l'environnement ne peut constituer des circonstances permettant de les individualiser par rapport à toutes autres personnes et leur conférer de la sorte intérêt à agir » ; cf. par exemple l'arrêt de la CJCE du 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace international) e.a. c. Commission des Communautés européennes*, C-321/95 P, pt. 12

⁸⁹ CHEROT, p. 240-245

⁹⁰ Art. 10 à 12 du Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, JO n° L 264/13 du 25 septembre 2006

⁹¹ MANES, p. 1355

pratique, même lorsque la portée du principe de précaution est suffisamment déterminée. Ainsi, le plus souvent, l'action intentée par une organisation non gouvernementale sera le seul moyen pour la société civile atteinte dans ses intérêts relatifs à la protection de l'environnement de les faire valoir en justice.

4.4. Le principe de précaution en droit suisse de l'environnement

Si, en droit suisse, le principe de précaution ne figure pas explicitement et n'a pas été défini ni dans la Constitution (Cst.)⁹², ni dans la loi sur la protection de l'environnement, il est considéré comme inclus dans le principe de prévention, de rang constitutionnel. Ce n'est que dans la loi sur le génie génétique du 21 mars 2003 qu'il apparaît de manière explicite dans un texte législatif suisse, tant dans la version en allemand qu'en français, loi qui vise à la fois la protection contre les atteintes directes à la santé et la protection de l'environnement.⁹³ Quant à la nature juridique et à l'effectivité du principe de précaution, nous allons voir que la problématique se pose, en droit suisse, de la même façon qu'en droit de l'Union européenne.

4.4.1. Ancrage constitutionnel et législatif

En 1971, le peuple et les cantons ont accepté d'introduire un nouvel article 24^{septies} dans la Constitution fédérale de 1874 (aCst.) octroyant à la Confédération la compétence de légiférer en matière de protection de l'environnement. Presque quinze ans plus tard, le 1^{er} janvier 1985, la loi sur la protection de l'environnement entra en vigueur ; son article premier alinéa 2 prévoit que « les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodantes seront réduites à titre préventif et assez tôt ». La prévention des atteintes à l'environnement apparaît comme la stratégie privilégiée pour mettre en œuvre le but de la loi sur la protection de l'environnement, à savoir la protection des hommes, des animaux, des plantes, des biocénoses et des biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, ainsi que la conservation de la fertilité du sol (art. 1 al. 1 LPE).⁹⁴ Lors de la révision totale de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, la formulation de l'article 24^{septies} aCst. fut reprise par le nouvel article 74 Cst. Dans l'esprit de la loi sur la protection de l'environnement, il est cette fois-ci expressément prévu que la Confédération veille à prévenir les atteintes nuisibles ou incommodantes. L'article 74 alinéa 2 Cst. exprime en effet le principe de prévention selon lequel, en matière d'environnement, mieux vaut prévenir que guérir : « [le principe de prévention] commande d'empêcher ou de réduire au minimum, dans la mesure du possible, les éventuelles atteintes qui, seules ou combinées avec d'autres, pourraient s'avérer nuisibles ou incommodantes ». ⁹⁵ Pas plus que la loi sur la protection de l'environnement, cette disposition ne mentionne explicitement les situations d'incertitude scientifique et la précaution. Notons cependant que dans la version allemande de l'article premier alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement, le terme prévention est traduit par *Vorsorge*, qui signifie également précaution, les deux notions étant souvent confondues en droit suisse.⁹⁶

⁹² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

⁹³ Art. 1 al. 1 let a LGG

⁹⁴ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 58-59

⁹⁵ Sur le tout, AUBERT, MAHON, p. 588 et 594-595

⁹⁶ Cf. ch. 2, pt. 2.1.2

S'il n'est pas explicitement question de précaution dans les dispositions qui chapeautent le droit suisse de l'environnement, les travaux préparatoires de la loi sur la protection de l'environnement mentionnent un devoir d'agir même en l'absence de certitude scientifique quant au risque.⁹⁷ En particulier, dans le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la protection de l'environnement et, de façon plus allusive, dans celui concernant la nouvelle Constitution, une démarche de précaution est préconisée.⁹⁸ C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine rattachent le contenu du principe de précaution au principe de prévention des atteintes à l'environnement issu de l'article 74 alinéa 2 Cst. et de l'article premier alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement : il est généralement admis que le principe de précaution est implicitement consacré par ces dispositions.⁹⁹ Le fait que le principe de prévention concerne aussi les risques incertains est souvent exprimé par l'idée qu'il implique une « marge de sécurité » permettant d'éviter ces risques imprévisibles.¹⁰⁰ On peut en conclure que dans le droit suisse de l'environnement, le principe de prévention inclut celui de précaution.¹⁰¹ Dans des dispositions légales plus récentes, le terme allemand *Vorsorge* a été correctement traduit par précaution.¹⁰²

4.4.2. La nature juridique du principe de précaution et l'accès des particuliers à la justice

Nous avons vu qu'en droit international et en droit de l'Union européenne, la précaution s'érige en principe juridique en raison de la généralité de sa formulation et de son autorité supérieure ; il en va de même en droit suisse de l'environnement. L'examen de la nature juridique du principe et de l'accès des particuliers à la justice en matière de protection de l'environnement dans notre ordre juridique révélera également des similitudes avec le droit de l'Union européenne, en particulier quant aux limites posées à l'effectivité du principe de précaution.

⁹⁷ TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 5

⁹⁸ Le Message relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement du 31 octobre 1979 (FF 1979 III 741), p. 774, fait référence à un principe de prévoyance selon lequel « la loi exige l'application de toutes les mesures techniquement possibles et économiquement supportables, même en l'absence d'une preuve formelle d'un préjudice réel à l'environnement » ; le Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 1), p. 251, mentionne le principe de prévention, de caractère fondamental, qui « commande de réduire si possible au minimum toute atteinte, qui seule ou combinée avec d'autres, pourrait devenir nuisible ou incommode »

⁹⁹ ATF 132 II 305, cons. 4.3 ; 117 Ib 28, cons. 6a ; PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 586 (qui rattache en outre le principe de précaution au principe de développement durable) ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 23 et 25 ; EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 33 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 60-61 ; FAVRE, JUNGO, p. 20-22 ; dans ce sens également RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 21 ; *contra* : un arrêt du Tribunal administratif valaisan selon lequel l'art. 74 Cst. « ne traite nullement du principe de précaution » (ACDP du 24 mai 2004, X. SA c. Conseil d'État, RVJ 2005, p. 6) – opinion cependant très isolée

¹⁰⁰ Cf. par exemple l'ATF 131 II 431, cons. 4.4.4 ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*,

n° 23

¹⁰¹ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 586 ; FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 113-114

¹⁰² Art. 148a al. 1 LAgr, art. 2 LGG

A. Un principe juridique de rang constitutionnel

Le principe de précaution n'est pas défini dans la législation suisse relative à la protection de l'environnement. Selon la jurisprudence, la doctrine et la pratique administrative, il impose de prévenir les atteintes à l'environnement même en l'absence de certitude scientifique quant au risque. Parfois, la condition de la gravité voire de l'irréversibilité des dommages potentiels, ou une référence à la proportionnalité des mesures de précaution, est ajoutée.¹⁰³ En droit suisse également, le principe de précaution revêt donc les caractéristiques d'un principe juridique : d'un degré de généralité élevé et permettant des applications diversifiées car non prédéterminées, il ménage une grande marge d'appréciation aux pouvoirs publics lorsque ceux-ci décident, suite à une balance des intérêts en présence, s'il y a lieu de prendre des mesures de précaution, et si oui, lesquelles. Dans l'ordre juridique suisse également, le principe de précaution s'impose avec une autorité supérieure, puisqu'il est implicitement consacré par l'article 74 alinéa 2 Cst. ainsi que par les dispositions liminaires de la loi sur la protection de l'environnement. Enfin, nous l'avons évoqué, le principe de précaution a une dimension éthique et contribue à insérer des nouvelles valeurs dans l'ordre juridique.¹⁰⁴ On peut en conclure qu'en droit suisse de l'environnement, le principe de précaution est bien un principe juridique – ce qui n'a jamais été mis en cause par le Tribunal fédéral. Remarquons que le principe de précaution n'est pas, en droit suisse non plus, une pure construction juridictionnelle, puisqu'il figure explicitement dans la loi sur le génie génétique et qu'il est consacré implicitement par le droit positif de l'environnement. Il peut donc être rattaché, dans ce domaine, à la catégorie des principes directeurs.¹⁰⁵

Pour placer le principe de précaution dans la hiérarchie des normes et déterminer s'il s'agit d'un principe constitutionnel, on peut se référer aux critères énumérés à cet effet par Blaise KNAPP. Le premier critère concerne l'importance de la règle quant à la structure et à la conception même de l'État : « seul serait constitutionnel le principe non écrit qui toucherait aux fondements de l'État. Pour le reste, un principe non écrit serait du rang de la règle qu'il complète ou dont il comble les lacunes ». Il faut ensuite que la norme en question résulte nécessairement de l'interprétation de la Constitution écrite dans son ensemble et de son esprit, et enfin que le régime politique ou la tradition qui sous-tend la Constitution implique ce principe. Selon Blaise KNAPP, le Tribunal fédéral devrait retenir ces trois critères lorsqu'il énonce un principe constitutionnel non écrit, même si le troisième a un poids moindre en raison de la difficulté à discerner la philosophie d'un régime politique. Mais « l'admission d'un principe nouveau ne pourra se faire qu'avec la plus grande prudence », les principes constitutionnels étant susceptibles de beaucoup modifier la pratique administrative.¹⁰⁶

¹⁰³ Cf. ch. 8, pt. 8.1.1.C

¹⁰⁴ Cf. ch. 1, pt. 1.2.3

¹⁰⁵ GOSSEMENT, p. 27 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 83

¹⁰⁶ KNAPP, *Les principes constitutionnels*, p. 169-170

Qu'en est-il du principe de précaution en droit de l'environnement? Nous avons évoqué le fait que l'État interventionniste d'aujourd'hui agit notamment par le biais de programmes finalisés et qu'il fonde alors son action sur des principes directeurs.¹⁰⁷ Ces principes sont tout aussi importants pour atteindre les buts fixés par le constituant, en l'espèce la protection de l'environnement, que la garantie des droits fondamentaux, des libertés, ainsi que le respect des principes de l'activité étatique le sont pour l'État démocratique. Le principe de précaution touche aux fondements de l'État dans le sens où, sans lui, les pouvoirs publics ne peuvent remplir une mission qui leur est confiée.¹⁰⁸ Bien plus, nous avons vu que la mise en œuvre du principe de précaution, visant à garantir la permanence d'une vie « authentiquement humaine » sur terre, peut être indispensable à l'exercice de droits et de libertés. À l'époque où nous vivons, il est d'ailleurs généralement admis que la sauvegarde d'un environnement sain est primordiale ; cela ressort notamment du concept de développement durable, exprimé dans le préambule de la Constitution et plusieurs de ses dispositions¹⁰⁹, qui suppose « de faire une place importante au principe de précaution ».¹¹⁰ Le principe de précaution s'inscrit ainsi bien dans l'interprétation de la Constitution dans son ensemble. Tout cela plaide en faveur du rang constitutionnel du principe de précaution, admis du reste par la jurisprudence et la doctrine qui rattachent le principe à une disposition constitutionnelle.¹¹¹ Ainsi, le législateur et les autorités qui appliquent la loi sur la protection de l'environnement ou d'autres textes législatifs relevant du droit de l'environnement, comme la loi sur la protection des eaux¹¹² ou la loi sur la protection de la nature¹¹³, doivent respecter le principe de précaution : il guide l'élaboration de la législation et son interprétation¹¹⁴, son effet est alors programmatoire.¹¹⁵

B. Un principe directement applicable par les autorités ?

La question de savoir si les autorités peuvent fonder une décision ou un acte matériel sur le principe de précaution en l'absence de concrétisation dans un texte normatif est controversée en doctrine. Pour certains, l'applicabilité directe du principe serait exclue pour le motif qu'il est formulé en des termes trop vagues, donc de densité normative insuffisante pour obliger les particuliers en l'absence de concrétisation législative ; d'ailleurs, en tant que but de la loi, l'article premier alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement ne pourrait à lui seul fonder une décision d'une autorité.¹¹⁶ Ce

¹⁰⁷ Cf. ch. 3, pt. 3.2.1

¹⁰⁸ Dans ce sens GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 58-59

¹⁰⁹ Il s'agit en particuliers de l'art. 2 al. 2, de l'art. 73 et de l'art. 104 al. 1 Cst. (cf. ATF 132 II 305, cons. 4.3)

¹¹⁰ ATF 132 II 305, cons. 4.3 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 586

¹¹¹ Idem ; également TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 23 et 25 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 56

¹¹² Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)

¹¹³ Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)

¹¹⁴ RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 24 ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 26 et 27

¹¹⁵ AUBERT, MAHON, p. 595 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 59

¹¹⁶ TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 28 et 29 ; dans ce sens également MORELL, p. 1326, ainsi que le Message relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement du 31 octobre 1979, p. 774

dernier argument semble inopérant en raison du rattachement du principe de précaution à la Constitution et à d'autres dispositions de la loi.

Selon la jurisprudence, l'applicabilité directe d'une norme ne peut en principe être admise que si la disposition en question règle de façon suffisamment précise le comportement des administrés, les exigences de précision dépendant toutefois des particularités de l'objet de la réglementation.¹¹⁷ Le Tribunal fédéral a ainsi estimé, dans l'ATF 113 Ib 60, que l'article 10 de la loi sur la protection de l'environnement est suffisamment déterminé pour être directement applicable. Selon cette disposition, « quiconque exploite [...] des installations qui, en cas d'événement extraordinaire, peuvent causer de graves dommages à l'homme et à l'environnement, doit prendre les mesures propres à assurer la protection de la population et de l'environnement. Il y a notamment lieu de choisir un emplacement adéquat, de respecter les distances de sécurité nécessaires, de prendre des mesures techniques de sécurité, d'assurer la surveillance de l'installation et l'organisation du système d'alerte ». On remarque qu'il n'est pas précisé à quelles installations et, a fortiori, à quels produits la norme s'applique. Le Tribunal fédéral a longuement développé ses arguments pour admettre le caractère directement applicable de la disposition. En substance, il fait tout d'abord valoir qu'elle s'adresse sans ambiguïté aux particuliers, leur imposant des obligations de comportement. Ces obligations sont suffisamment déterminées eu égard aux incertitudes liées aux dangers dans le cas d'espèce (il s'agissait de l'entreposage de produits chimiques), à leur caractère insidieux et à leurs conséquences à long terme, requérant des mesures particulières. En raison des problèmes pressants que pose la prévention des catastrophes et l'incertitude des connaissances à ce sujet, le législateur devait se rabattre sur des solutions inhabituelles. En outre, la responsabilité individuelle des entreprises concernant l'évaluation des risques et la prévention des atteintes à l'environnement compense, dans une certaine mesure, la relative indétermination de la disposition en cause. Enfin, des décisions au cas par cas sont mieux à même de tenir compte de l'incertitude et de la complexité des situations qui peuvent se présenter en matière de protection contre les catastrophes.

C'est donc une situation de risque incertain et grave qui est présentée comme légitimant l'indétermination de la norme. Mais le principe de précaution tel qu'il ressort de la Constitution ou de la loi sur la protection de l'environnement est encore plus indéterminé, puisque, contrairement à l'article 10 de la loi sur la protection de l'environnement, il ne s'adresse pas explicitement aux particuliers et qu'aucune liste exemplative de mesures ne lui est rattachée – ce qui n'a rien d'étonnant pour un principe juridique. Certains auteurs sont d'avis que le principe de précaution a tout de même, à certains égards tout au moins, un caractère directement applicable.¹¹⁸ Alain GRIFFEL évoque une zone grise entre interprétation ou concrétisation du droit et application directe d'un principe général.¹¹⁹ D'autres auteurs font valoir que le principe

¹¹⁷ ATF 113 Ib 60, cons. 3b

¹¹⁸ Cf. AUBERT, MAHON, p. 595, note 44

¹¹⁹ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 105

de précaution peut être appliqué directement lorsque des dispositions d'exécution font défaut, pour combler une lacune du droit.¹²⁰

C. La « justiciabilité » du principe et l'accès des particuliers à la justice

Selon le Tribunal administratif fédéral, le principe de précaution tel qu'ancré dans la Constitution serait trop imprécis pour fonder une prétention à des mesures étatiques d'exécution.¹²¹ Certains auteurs sont néanmoins d'avis que le principe de précaution peut être invoqué par les particuliers à l'encontre d'une décision en cas de lacune réglementaire, lorsque des dispositions d'exécution font (encore) défaut.¹²² Il semble que son caractère justiciable peut être admis dans la mesure où le Tribunal fédéral a, de façon répétée, évalué la conformité de décisions administratives au principe de précaution.¹²³ Il faut cependant garder à l'esprit que la retenue du juge, en droit suisse également, est en général proportionnelle à l'indétermination d'une norme¹²⁴, et le Tribunal fédéral souvent réticent à se substituer au législateur en l'absence de pratique administrative établie.¹²⁵

Quant à la possibilité pour les particuliers d'agir en justice, les lois fédérales topiques prévoient que la personne doit être spécialement atteinte par la décision attaquée et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.¹²⁶ Si des tiers, qui ne sont pas destinataires de la décision, peuvent donc se prévaloir d'un intérêt digne de protection¹²⁷, un premier problème se pose avec l'exigence que les recourants soient spécialement atteints, donc touchés plus que quiconque par l'acte attaqué, le but étant d'exclure l'action populaire.¹²⁸ En effet, lorsqu'un désavantage même important touche un grand nombre de personnes, voire l'ensemble de la population, les particuliers ne sont plus habilités à agir en justice – alors qu'ils le seraient si le cercle des personnes concernées était restreint, ce qui est insatisfaisant tant du point de vue de l'égalité de traitement que de la sécurité du droit.¹²⁹ Et cela vaut en particulier dans le domaine de l'environnement, où les dommages peuvent être à la fois graves et très étendus, et de façon générale pour tous les risques collectifs.¹³⁰

¹²⁰ WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*, p. 37 ; RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 22-23 ; FAVRE, JUNGO, p. 23

¹²¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2723/2007 du 30 janvier 2008, cons. 5.1

¹²² WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*, p. 37 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 59-60 ; FAVRE, JUNGO, p. 22 ; RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 22

¹²³ Cf. par exemple les ATF 126 II 399, cons. 4b ; 124 II 219, cons. 8 ; 123 II 325, cons. 4c/aa ; 117 Ib 28, cons. 6

¹²⁴ Cf. ch. 3, pt. 3.2.2

¹²⁵ Cf. ch. 2, pt. 2.2.4.A

¹²⁶ Art. 48 al. 1 let. b et c PA ; art. 89 al. 1 let. b et c de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110)

¹²⁷ Cf. ROMY, p. 254

¹²⁸ SCHWEIZER Mark, p. 803, qui renvoie à l'ATF 119 Ib 179, cons. 1c ; cf. également le Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001 (FF 2001 4000), p. 4127 : « le recourant doit être *spécialement touché* par l'acte attaqué. Il doit avoir un intérêt qui se distingue nettement de l'intérêt général des autres membres de la collectivité »

¹²⁹ SCHWEIZER Mark, p. 803 ; HÄNER, p. 262-263

¹³⁰ Cf. par exemple l'ATF 121 II 176, cons. 2c : « Jedermann, der innerhalb eines Bereiches lebe, in

Pour remédier à ce déficit, l'article 55 de la loi sur la protection de l'environnement ouvre l'accès à la justice à certaines organisations de protection de l'environnement, accès limité dans cette loi aux actions contre les décisions relatives à des installations devant faire l'objet d'études d'impact. Ces organisations n'ont alors pas besoin de démontrer que les intérêts de leurs membres sont spécialement atteints.¹³¹ Il en est de même notamment dans la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (art. 12)¹³², dans la loi sur les forêts (art. 46 al. 3)¹³³, ainsi que dans la loi sur le génie génétique, qui octroie à ces mêmes organisations le droit de recourir contre les autorisations de mise en circulation d'OGM destinés à être utilisés dans l'environnement (art. 28 LGG). Cette possibilité pallie en partie les difficultés relatives à la démonstration de l'intérêt à agir dans les actions individuelles : « Die Umweltschutzorganisationen erhalten das Recht, das allgemeine Interesse an einer intakten Umwelt [...] geltend zu machen. Dabei nehmen sie auch die Interessen jener Personen wahr, welche die von diesen Anlagen verursachen Einwirkungen mit zu tragen haben, ohne deswegen zur Eingreifung von Rechtsmitteln befugt zu sein ».¹³⁴ Depuis une quinzaine d'années, le droit de recours des organisations à but idéal est sous le feu des attaques de milieux économiques, alors que pour de nombreux auteurs, il s'agit d'un moyen efficace de protection de l'environnement qui permet de mieux garantir la mise en œuvre de la loi.¹³⁵

Par ailleurs, des problèmes particuliers se posent concernant la qualité pour agir en situation de risque scientifiquement incertain : selon la jurisprudence, seuls les dangers d'une certaine importance, d'une certaine vraisemblance et d'une certaine actualité, par opposition à des dangers purement théoriques ou très éloignés, fondent la qualité pour agir de celui qui s'en prévaut.¹³⁶ Le Tribunal fédéral justifie cette exigence par la nécessité d'éviter le recours populaire et renvoie la responsabilité d'assurer la sécurité de la population aux autorités politiques et administratives.¹³⁷ Ainsi, dans l'ATF 121 II

dem dieses Gefährdungspotential besonders hoch einzuschätzen sei, habe ein schützenswertes Interesse daran, dass der Eigenart und der Grösse der Gefahr angemessene und geeignete Schutzmassnahmen ergriffen würden, weshalb er zur Teilnahme am Verfahren befugt sei. Dieses Recht finde seine Schranke an der Unzulässigkeit der Popularbeschwerde. Erstrecke sich die Gefährdung auf einen so weiten Raum, dass ein grosser Teil der Bevölkerung einer ganzen Landesgegend davon betroffen sei, so könne der Einzelne nur noch dann ein besonderes Interesse geltend machen, wenn er stärker exponiert sei als die übrigen Einwohner. Dies treffe für all jene zu, die so nahe am Kraftwerk wohnten, dass sie von seinen Auswirkungen "ganz unmittelbar und erkennbar" stärker bedroht seien als die Allgemeinheit » ; le Tribunal fédéral conclut que les personnes habitant à proximité de transports de produits radioactifs ne sont pas habilitées à agir car non potentiellement touchées plus que l'ensemble de la population (cons. 3b) ; sur les problèmes que posent les conditions d'accès des particuliers à la justice, cf. également ROMY, p. 261

¹³¹ LORETAN, n° 11

¹³² Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN, RS 451)

¹³³ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (LFo, RS 921.0)

¹³⁴ LORETAN, n° 1

¹³⁵ Cf. DUPONT, p. 230-231

¹³⁶ SCHWEIZER Mark, p. 803 ; ROMY, p. 253 ; cf. les ATF 120 Ib 431, cons. 1 ; 121 II 176, cons. 2c et d ; 123 II 376, cons. 4b

¹³⁷ ATF 121 II 176, cons. 2 et 3c ; 123 II 376, cons. 4b

176 concernant la qualité pour recourir de riverains d'une ligne de chemin de fer où des produits radioactifs sont transportés plusieurs fois par année, les juges ont estimé que le risque était limité dans le temps et les dommages potentiels nettement moins graves que ceux que pourrait causer un accident de train transportant des produits toxiques ou chimiques, ou encore un accident grave dans une centrale nucléaire. La qualité pour recourir a été déniée aux riverains concernés pour le motif que la vraisemblance du risque dans le cas d'espèce n'était pas significativement plus élevée pour eux que pour l'ensemble de la population exposée à d'autres risques radioactifs plus graves.¹³⁸ Mais ne peut-on pas toujours trouver pire danger touchant un plus grand nombre de personnes ? Il semble que le Tribunal fédéral aurait pu justifier sa décision par une évaluation de la fiabilité de l'expertise administrative qui concluait à un risque minime, ou, s'il avait des doutes au sujet de cette conclusion, en mandatant une expertise indépendante. Cet arrêt montre que les juges sont plus soucieux d'éviter un accès trop large à la justice (cons. 3c) – objectif qui ne devait pas cependant occulter l'enjeu véritable : celui de contrôler que la sécurité de la population, ou d'une partie d'entre elle en l'occurrence, est garantie. Quoi qu'il en soit, le seuil de vraisemblance des indices de risque et de gravité des atteintes potentielles que fixent les juges pour admettre la qualité pour agir en justice ne devrait pas dépasser celui qui conditionne la mise en œuvre du principe de précaution, sachant que la détermination de tels seuils est difficile en situation de risque incertain¹³⁹, sous peine de limiter indûment le contrôle juridictionnel de l'insuffisance de précaution. Quant à l'intérêt actuel à agir en justice, il ne faudrait pas que son existence soit niée pour le motif que des activités impliquent des risques susceptibles de se réaliser dans le futur, puisqu'en vertu du principe de précaution, les effets à long terme doivent être pris en compte dans le processus décisionnel.¹⁴⁰

Remarquons enfin que même si le principe de précaution lie l'État dans l'ensemble de ses activités, il n'y a pas en Suisse d'équivalent ni du recours en annulation qui permette le contrôle juridictionnel de la conformité à la Constitution des lois fédérales (art. 190 Cst.), ni du recours en carence, tels que prévus par le droit de l'Union européenne. Concernant l'inactivité des pouvoirs publics, le Tribunal fédéral n'a pas catégoriquement rejeté la possibilité, pour le particulier, d'invoquer en justice un retard dans l'élaboration de normes lorsque les autorités parlementaires n'ont pas concrétisé une disposition constitutionnelle leur octroyant un mandat suffisamment précis.¹⁴¹ Notons à cet égard que si le principe de précaution ne dicte pas une attitude déterminée face à un risque scientifiquement incertain, il impose tout de même aux autorités de s'en

¹³⁸ ATF 121 II 176, cons. 3b

¹³⁹ Cf. ch. 8, pt. 8.1.2

¹⁴⁰ Cf. ch. 3, pt. 3.1.2

¹⁴¹ ATF 130 I 174, cons. 2.2. Cet arrêt concerne l'entrée en vigueur différée par le gouvernement cantonal zurichois d'une révision d'une loi fiscale. Selon le TF, l'interdiction d'un retard injustifié à statuer vaut pour les procédures d'application du droit, mais non en principe pour les procédures législatives. Il précise cependant : « In der Doktrin wird erwogen, eine Anrufung des Verfassungsrichters wegen Rechtsverzögerung unter gewissen Voraussetzungen auch gegenüber dem Gesetzgeber zuzulassen, sofern es um die Nichterfüllung einer präzise umschriebenen verfassungsrechtlichen Rechtsetzungspflicht geht », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 1P.371/2006 du 10 octobre 2006, cons. 1.6.4

préoccuper, donc de le surveiller et de l'évaluer¹⁴², et de prendre, lorsque le niveau de protection recherché le requiert, les mesures qui s'imposent.¹⁴³ Le respect de ces impératifs devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

D. Un droit constitutionnel à la précaution ?

Un droit constitutionnel est un droit garanti à l'individu par la Constitution qui vise « à obtenir de l'État une abstention, une prestation ou un autre comportement ».¹⁴⁴ Si tous les droits subjectifs fondamentaux (ensemble des libertés et des garanties de l'État de droit) figurant dans la Constitution entrent dans cette catégorie, d'autres principes tels que la primauté du droit fédéral ou la séparation des pouvoirs fondent également un droit constitutionnel. Les droits constitutionnels peuvent résulter de la Constitution de façon implicite, de constitutions cantonales, ou d'autres textes comme la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁴⁵.¹⁴⁶ Ce qui les caractérise est soit de réserver une sphère de protection contre les interventions étatiques, soit de protéger à la fois des intérêts publics et individuels. Par ailleurs, les dispositions de nature programmatique ne peuvent pas être des droits constitutionnels : le contenu de la norme dont la violation est invoquée doit être suffisamment clair et déterminé pour fonder une décision qui touche des droits individuels dans un cas concret.¹⁴⁷

Or nous avons vu que le principe de précaution peut être considéré à certains égards comme directement applicable.¹⁴⁸ En outre, s'il vise en premier lieu à protéger des intérêts collectifs, il se peut que des intérêts individuels soient également concernés, par exemple ceux d'une personne habitant à proximité d'une source de risque. Tel qu'implicitement inclus dans l'article 74 alinéa 2 Cst., le principe de précaution n'appartiendrait toutefois pas à la catégorie des droits constitutionnels¹⁴⁹, sans doute parce que les mesures prises en son nom ne peuvent être prédéterminées. On pourrait par ailleurs envisager de rattacher le respect du principe de précaution à un hypothétique droit à un environnement sain, ou au droit à la vie, à la santé ou au respect de la vie privée. La jurisprudence et la doctrine suisse expriment cependant l'avis que l'article 74 Cst. ne confère pas non plus de droit constitutionnel directement justiciable à un environnement sain¹⁵⁰, droit qui n'est pas non plus mentionné dans la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte sociale européenne¹⁵¹.¹⁵² À ce jour, la

¹⁴² Cf. ch. 8, pt. 8.1.3.C

¹⁴³ Cf. ch. 8.1.1.C

¹⁴⁴ GRISEL, *Droit public non écrit*, p. 140-141

¹⁴⁵ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)

¹⁴⁶ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, p. 433

¹⁴⁷ Sur le tout, cf. AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume I*, p. 690-691 ; RHINOW, SCHEFER, p. 206-207

¹⁴⁸ Cf. pt. B ci-dessus

¹⁴⁹ Cf. AUBERT, MAHON, p. 593 ; MORELL, p. 1321

¹⁵⁰ ATF 107 Ib 112, cons. 2 ; AUBERT, MAHON, p. 593 ; MORELL, p. 1321 ; WAGNER

PFEIFER, *Umweltrecht*, p. 31-32

¹⁵¹ Ce traité, disponible sous www.coe.int, n'a pas été ratifié par la Suisse

Cour européenne des droits de l'homme n'a, à notre connaissance, jamais admis de violation du droit à la vie, à l'intégrité corporelle ou au respect de la vie privée et familiale pour défaut ou insuffisance de précaution.¹⁵³ Dès lors, l'invocation du principe de précaution comme droit constitutionnel ne semble pour l'instant pas avoir de grandes chances de convaincre. Il n'en reste pas moins que le principe, de rang constitutionnel, doit être pris en compte dans l'interprétation des textes existants. Il devrait donc, le cas échéant, pouvoir être invoqué à titre de violation du droit fédéral dans un recours en matière de droit public (art. 82ss LTF).

¹⁵² CF. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2723/2007, cons. 8.1 ; plus en avant sur le droit à un environnement sain dans DUPONT, p. 103-107, et LANFRANCHI, MALJEAN-DUBOIS, p. 262-264

¹⁵³ Cf. GOSSEMENT, p. 75-80 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 41-42 ; cf. également l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2723/2007, cons. 8.3 et 8.4, ainsi que, par exemple, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause *Luginbühl c. Suisse* du 17 janvier 2006, requête n° 42756/02, publié dans la JAAC 70.110, dans lequel la Cour ne reconnaît pas de violation de l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) pour le motif que la nocivité alléguée d'antennes de téléphonie mobile est dans une large mesure spéculative, que les autorités suisses ont entrepris les démarches adéquates pour suivre les développements scientifiques à ce sujet, et qu'elles disposent d'une marge d'appréciation étendue en la matière

Chapitre 5. Précaution et protection de la santé : état du droit

Depuis plus d'une décennie, le principe de précaution est invoqué en matière de santé publique au sein de l'Union européenne. Il l'est également, de façon plus discrète, en droit international. En Suisse, ce n'est que récemment qu'il a été introduit dans la législation relative à la protection de la santé, alors que l'extension de son champ d'application à ce domaine n'a pas été consacrée de façon générale par le Tribunal fédéral. Quoiqu'il en soit, le mouvement semble lancé. Parfois d'ailleurs une démarche de précaution est suivie, voire prévue dans la législation, sans référence au principe. Nous allons donc, dans ce chapitre, faire un « état des lieux » de la précaution en matière de santé publique, en tant que principe ou comme démarche, en droit international, en droit de l'Union européenne et en droit suisse – suivant le schéma que nous avons adopté dans le chapitre précédent.

5.1. Au niveau international

Lors du Sommet mondial de 2002 pour le développement durable, qui s'est tenu à Johannesburg sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU), il a été généralement admis que le champ d'application du principe de précaution a évolué depuis la Conférence de Rio de 1992 et que le principe peut être mis en œuvre également en matière de santé publique. Cela ne fut cependant pas mentionné dans la Déclaration issue de la Conférence de Johannesburg¹, en raison de la crainte exprimée par certains États des implications légales que cela pouvait avoir, notamment en terme de commerce international.² Nous allons constater que malgré ces réticences, le principe de précaution semble bien avoir franchi, en droit international, les frontières du droit de l'environnement.

5.1.1. Dans les instruments internationaux relatifs à la protection de la santé

Le Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique³, prévoyant que le principe de précaution peut être invoqué comme clause de sauvegarde pour protéger la santé, confirme l'hypothèse de l'extension du champ d'application du principe. Selon l'article 11 alinéa 8 du protocole, en effet, « l'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de cet

¹ Déclaration de Johannesburg du 4 septembre 2002 sur le développement durable, Doc. NU A/CONF.199/20, disponible sous <http://www.un.org/french/events/wssd/pages/document.html> (consulté le 27 avril 2010)

² PEREZ, p. 18 ; CORDONIER SEGGER, KHALFAN, GEHRING, TOERING, p. 55

³ Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (RS 0.451.431) ; MBENGUE, THOMAS, p. 232-233, remarquent qu'il s'agit d'un instrument hybride réunissant trois domaines du droit international jusqu'à présent séparés, la protection de l'environnement, le commerce international et la sécurité des produits alimentaires

organisme vivant modifié s'il est destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé, pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels ».

Par ailleurs, au sein de l'Organisation mondiale de la santé, à l'issue d'une conférence réunissant en 2004 les ministres et représentants des États membres de la région européenne en charge de la santé et de l'environnement, une Déclaration fut adoptée recommandant la mise en œuvre du principe de précaution pour protéger la population tant des atteintes à l'environnement que des atteintes menaçant directement la santé.⁴ Jusqu'à présent, le principe de précaution n'a pas été mentionné dans un texte de portée contraignante émanant de cette organisation, comme le Règlement sanitaire international du 23 mai 2005.⁵ Cet instrument, qui vise à éviter la propagation internationale des maladies (art. 1), prévoit la surveillance des risques par les États et l'alerte immédiate en cas d'urgence de santé publique de portée internationale (art. 5 et 6). Selon son annexe 2, « tout événement susceptible d'avoir une ampleur internationale pour la santé publique » doit être notifié à l'OMS. Makane Moïse MBENGUE remarque que la précaution peut jouer un rôle dans ce système d'alerte : l'incertitude scientifique quant à l'ampleur ou à la gravité d'un risque devrait justifier une notification.⁶ Par ailleurs, le principe de précaution ne figure pas non plus dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de la personne humaine du 11 novembre 1997⁷, élaborée au sein de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO). Cependant, selon le rapport d'un comité d'experts de l'UNESCO sur le principe de précaution, celui-ci s'applique bien à la protection des personnes.⁸ On peut ainsi considérer qu'en droit international, le principe de précaution est un principe général de *lege ferenda* en matière de santé publique.⁹ L'application du principe à ce domaine fait en effet l'objet de controverses¹⁰, en droit international économique en particulier.

⁴ OMS, *Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle sur l'environnement et la santé*, Budapest, 23-25 juin 2004, EUR/04/5046267/6, pt. 17a, disponible sous <http://www.euro.who.int/document/e83336.pdf> (consulté le 29 juin 2010)

⁵ RS 0.818.103

⁶ Cf. MBENGUE, p. 304

⁷ Disponible sous http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consulté le 29 juin 2010)

⁸ UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. p. 53, note 37), p. 14

⁹ CORDONIER SEGGER, KHALFAN, GEHRING, TOERING, p. 63

¹⁰ TROUWBORST, p. 13-16

5.1.2. En droit international économique

En annexe à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce¹¹ (OMC), divers accords plurilatéraux règlent de façon contraignante les échanges commerciaux entre les États qui les ont ratifiés. Si le principe de précaution n'y est pas mentionné, le préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce prévoit que la poursuite de l'objectif de développement durable devrait permettre de concilier les considérations économiques et environnementales. Cela pourrait constituer un indice en faveur d'une mise en œuvre du principe de précaution par les organes de règlement des différends au sein de cette organisation.¹² À l'heure actuelle, ces accords sont toutefois interprétés d'une façon qui ne laisse guère place à la précaution.

A. Les accords de l'OMC

Le principe de précaution pourrait en premier lieu être rattaché à l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)¹³, qui a pour objectif principal de permettre et d'encadrer les restrictions, fondées sur des considérations sanitaires, aux règles de commerce international, afin d'éviter qu'elles ne masquent des mesures protectionnistes.¹⁴ Les mesures sanitaires et phytosanitaires sont des prescriptions adoptées par les États destinées à protéger, d'une part, les personnes, les animaux et les végétaux contre les épizooties et les maladies des végétaux, et, d'autre part, les personnes et les animaux contre les substances dangereuses présentes dans leur alimentation.¹⁵ L'Accord SPS évoque dans son article 5.7 – de façon amoindrie – une démarche de précaution comme justifiant une exception au principe de libre échange : « dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ». Une telle conception de la précaution est restrictive, puisque la limitation du commerce international doit être fondée sur des preuves – même insuffisantes – du risque ; elle élude le doute, élément essentiel de la précaution.¹⁶ En outre, la mesure doit nécessairement être provisoire, alors que certaines incertitudes scientifiques sont durables.¹⁷ Jusqu'à présent, aucun État n'a d'ailleurs réussi à invoquer l'article 5.7 de

¹¹ Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20)

¹² GOSSEMENT, p. 63

¹³ Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A.4

¹⁴ Préambule de l'Accord SPS

¹⁵ Annexe A ch. 1 de l'Accord SPS

¹⁶ GOSSEMENT, p. 65 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Unilateralism and Environmental Protection*, p. 337 ; cf. également CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 261 ;

DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 110

¹⁷ NOIVILLE, *Principe de précaution*, p. 274

l'Accord SPS avec succès devant l'Organe de règlement des différends de l'organisation.¹⁸

Quant à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC)¹⁹, il a pour but d'éviter l'adoption de mesures autres que sanitaires portant atteinte à la libre circulation des marchandises. Tout comme l'Accord SPS, il prévoit dans son préambule le droit des États parties d'adopter le niveau de protection qu'ils considèrent approprié, notamment afin d'assurer « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ». Son article 2.2 précise que « les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non réalisation entraînerait », la protection de la santé figurant parmi les objectifs mentionnés. Le contenu du principe de précaution ne ressort cependant pas des dispositions de cet instrument.

B. Dans les différends réglés au sein de l'OMC

Dans l'*affaire de la viande aux hormones*²⁰, les États-Unis et le Canada se sont opposés à l'Union européenne au sujet de son refus d'importer de la viande d'animaux traités avec des hormones de croissance. L'Union européenne faisait valoir que l'interdiction d'importation en question était nécessaire pour des motifs de sécurité alimentaire et invoquait le principe de précaution, alors que selon les États-Unis et le Canada, le risque pour la santé humaine n'était pas prouvé. L'existence ou non d'un principe général de précaution en droit international fut débattue, question d'importance puisque l'interprétation des accords de l'OMC doit tenir compte du droit international applicable.²¹ L'Organe d'appel ne prit pas position à ce sujet, mais considéra que la possibilité de mettre en œuvre le principe de précaution résulte des articles 5.7 et 3.3, ainsi que du préambule de l'Accord SPS. Les Membres de l'OMC ont le droit « d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes » ; il est accepté que les gouvernements « agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes ».²² L'Organe d'appel semble donc admettre que le principe de précaution puisse s'appliquer dans le cadre des accords de l'OMC. Il contredit cependant ensuite cette hypothèse en affirmant que si les États peuvent se fonder sur des opinions scientifiques divergentes, un risque théorique ne justifie pas une mesure sanitaire ou phytosanitaire : les États doivent s'appuyer sur une évaluation des risques spécifique (cf. art. 5.1 de l'Accord SPS) et ne peuvent maintenir les mesures « sans preuves scientifiques suffisantes » (art. 2.2 de l'Accord SPS)²³ – cette dernière exigence étant incompatible avec le principe de précaution. Finalement, l'Organe d'appel donna tort à l'Union européenne

¹⁸ DUFOR, p. 294

¹⁹ Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A.6

²⁰ Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R - WT/DS48/AB/R

²¹ MARCEAU, p. 133

²² Par. 92-93 de l'*affaire de la viande aux hormones*

²³ Par. 159, 169 et 176-193 de l'*affaire de la viande aux hormones*

principalement pour le motif que les analyses scientifiques produites concernaient uniquement l'effet cancérigène des hormones en question, et pas spécifiquement les résidus de ces hormones dans la viande.²⁴

De même, dans l'*affaire des saumons australiens*²⁵ relative à une décision d'embargo prononcée par l'Australie sur des saumons frais provenant du Canada pour éviter l'introduction de maladies sur son territoire, l'Organe d'appel condamna la décision australienne pour le motif que l'évaluation des risques était insuffisante. Il réaffirma que « le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable ; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5:1 », et qu'une bonne évaluation des risques doit se fonder sur des probabilités²⁶, ce qui est antinomique au principe de précaution.

Avec l'*affaire Japon-Pommes*²⁷, concernant des restrictions appliquées par le Japon à l'importation de pommes en provenance des États-Unis, potentiellement vecteur du feu bactérien, les possibilités d'invoquer avec succès le principe de précaution devant les organes de règlement des différends s'amenuisèrent encore. L'Organe d'appel fit valoir que les preuves scientifiques sont insuffisantes, au sens de l'article 5.7 de l'Accord SPS, dans la seule hypothèse où l'ensemble des preuves scientifiques disponibles ne permettent pas de procéder à une évaluation adéquate des risques.²⁸ Or, d'après le Japon, des incertitudes demeuraient quant à la transmission de la maladie, malgré le nombre d'études à ce sujet.²⁹ L'Organe d'appel répondit que l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes telle que prévue à l'article 5.7 de l'Accord SPS n'équivaut pas à l'incertitude scientifique, et estima que les situations d'incertitude scientifique n'entrent pas dans le champ d'application de la disposition.³⁰ Cela dénote d'une vision très (trop) étroite du principe de précaution.³¹

L'*affaire CE-Produits biotechnologiques*³² concerne un moratoire de l'Union européenne sur l'approbation de produits biotechnologiques (produits agricoles et denrées alimentaires), ainsi que des mesures de sauvegarde prises par certains États membres de l'Union à l'égard d'autres de ces produits. Un groupe spécial établi pour faire un rapport sur le différend répéta en substance l'interprétation restrictive de l'article 5.7 de l'Accord SPS telle qu'elle ressort de l'*affaire Japon-Pommes*. Il estima

²⁴ Par. 176-193 de l'*affaire de la viande aux hormones*

²⁵ Australie - Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R ; dans le même sens, l'*affaire Japon-Produits agricoles* (Japon - Mesures visant les produits agricoles, rapport de l'Organe d'appel du 22 février 1999, WT/DS76/AB/R)

²⁶ Par. 123 et 125 de l'*affaire des saumons australiens*

²⁷ Japon - Mesures visant l'importation de pommes, rapport de l'Organe d'appel du 26 novembre 2003, WT/DS245/AB/R

²⁸ Par. 179 et 182 de l'*affaire Japon-Pommes*

²⁹ Par. 29ss et 183 de l'*affaire Japon-Pommes*

³⁰ Par. 184 de l'*affaire Japon-Pommes*

³¹ Cf. MBENGUE, p. 223-224

³² Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, WT/DS291/R - WT/DS292/R - WT/DS293/R ; pour un résumé et un commentaire de cette affaire : DUFOUR, p. 281ss

cette disposition inapplicable puisqu'une évaluation des risques démontrant l'innocuité des produits en question existait, alors même que cette évaluation avait fait l'objet d'une remise en question sérieuse par les États concernés.³³

On peut voir que contrairement à ce qui est affirmé, il est largement exclu, au sein de l'OMC, que des mesures de précaution prises par les États soient considérées conformes à l'Accord SPS³⁴, sauf en cas d'incertitude résiduelle concernant un risque avéré – relevant plutôt de la prévention des risques que de la précaution³⁵ – où un traitement différencié des risques a été admis.³⁶ Ce serait donc à l'heure actuelle la position hostile au principe de précaution des États-Unis, du Canada et de l'Australie notamment, qui prédominerait en matière de commerce international.

Remarquons encore que suite à l'*affaire de la viande aux hormones*, l'Union européenne a maintenu son choix et a fait l'objet de mesures de rétorsion de la part du Canada et des États-Unis.³⁷ Elle a par contre assoupli sa position au cours du règlement de l'*affaire CE-Produits biotechnologiques*, renonçant à son moratoire de fait sur les OGM dans l'agriculture.³⁸ On peut imaginer qu'en Suisse également, la perspective de faire l'objet d'une condamnation au sein de l'OMC est susceptible de tempérer le courage des pouvoirs publics.

C. Dans le Codex Alimentarius

La Commission du Codex Alimentarius, créée en 1961, est un organe commun de deux institutions des Nations Unies, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé. Elle a notamment pour mandat de présenter aux États membres de ces organisations des normes de sécurité alimentaire (le Codex Alimentarius), et pour but de protéger la santé des consommateurs et de faciliter des pratiques commerciales loyales. Son rôle principal est d'éviter que les États importateurs d'aliments n'invoquent des standards inadéquats à des fins protectionnistes.³⁹ L'Accord SPS renvoyant au Codex Alimentarius comme référence en matière de sécurité alimentaire⁴⁰, une intégration du principe de précaution dans ce recueil de normes permettrait au principe d'accéder au droit de l'OMC.⁴¹ En 2001, une

³³ Par. 7.3215-7.3371 de l'*affaire CE-Produits biotechnologiques* ; cf. DUFOUR, p. 296-298

³⁴ Dans ce sens également ARNDT, p. 349 ; DUFOUR, p. 300-301

³⁵ Cf. ch. 2, pt. 2.1.2

³⁶ Dans l'*affaire de l'amiante* (Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R), bien qu'il s'agissait de prévenir un risque avéré, certains auteurs voient une expression du principe de précaution dans le fait que, selon l'Organe d'appel, les États parties peuvent prendre des mesures avant que des certitudes scientifiques soient acquises concernant les seuils d'exposition au produit dangereux (par. 167 de l'*affaire de l'amiante*) ; cf. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 78 ; DUFOUR, p. 300

³⁷ États-Unis - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-hormones, rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS320/AB/R

³⁸ DUFOUR, p. 287

³⁹ MBENGUE, THOMAS, p. 230-231 et 234

⁴⁰ Accord SPS, annexe A ch. 3.a

⁴¹ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 238-243

tentative de réforme du Codex Alimentarius visant à y inscrire le principe de précaution a toutefois échoué.⁴²

En matière de commerce international, on peut ainsi admettre que si, dans les discours, il est généralement admis qu'une démarche de précaution peut s'appliquer à des questions relevant de la santé publique indépendamment des implications environnementales, cette position n'est traduite ni dans des instruments de portée contraignante, ni dans les standards internationaux de sécurité alimentaire. La mise en œuvre du principe de précaution n'est pas non plus admise par les organes de règlement des différends concernant le libre échange – atermoiements qui relèvent de la crainte que le principe serve à justifier des barrières étatiques au commerce mondial.⁴³

5.2. En droit européen

La Cour de justice de l'Union européenne invoque depuis plus d'une décennie le principe de précaution dans des affaires relevant de la protection de la santé, si bien que l'on peut dire que dans cet ordre juridique, la santé publique est désormais le nouveau domaine de prédilection du principe de précaution. Cette jurisprudence, qui a par la suite trouvé certains échos dans le droit dérivé, s'est développée parallèlement à des textes de portée politique invoquant la nécessité d'élargir le champ d'application du principe de précaution. C'est par là que nous allons commencer.

5.2.1. Les orientations politiques

La nécessité de faire du principe de précaution une norme d'application générale en matière de santé indépendamment des atteintes à l'environnement fut mentionnée dans différents textes de portée politique ou incitative, au nombre desquels la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000⁴⁴ et l'avis du Comité économique et social sur le recours au principe de précaution du 12 juillet 2000.⁴⁵ Le Conseil européen, réunissant les chefs d'État ou de gouvernement des pays membres de l'Union européenne, exprima lui aussi l'avis, dans la Résolution du Conseil sur le principe de précaution des 7-10 décembre 2000⁴⁶, que le principe de précaution est applicable à la santé humaine et en matière zoo et phytosanitaire. Quant à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, elle émit le 26 janvier 2007 une recommandation sur le principe de précaution et la gestion

⁴² *Rapport de la seizième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, Paris, 23-27 avril 2001, ALINORM 01/33A, p. 6-10, disponible sous <http://www.codexalimentarius.net/web/archives.jsp?year=01> (consulté le 29 juin 2010) ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 173 ; GOSSEMENT, p. 66-67 ; MBENGUE, THOMAS, p. 234-235

⁴³ CORDONIER SEGGER, KHALFAN, GEHRING, TOERING, p. 62

⁴⁴ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 2 et 7-9 ; sur la portée de ce texte pour l'interprétation du droit par les institutions de l'Union européenne, cf. ARNDT, p. 82

⁴⁵ Avis du Comité économique et social sur le « Recours au principe de précaution », JO n° C 268 du 19 septembre 2000, pt. 5.3

⁴⁶ *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 52, note 24), pts. B et 7

responsable des risques⁴⁷ visant également à promouvoir, de façon générale, une « culture de précaution » dans le cadre des politiques de développement scientifique, sans limiter le propos à la protection de l'environnement. Les institutions de l'Union européenne ont par ailleurs recommandé la mise en œuvre du principe de précaution dans des documents plus spécifiques : il s'agit par exemple du Livre blanc sur la sécurité alimentaire du 12 janvier 2000⁴⁸, de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur « une nouvelle stratégie de santé animale pour l'Union européenne (2007-2013) placée sous la devise Mieux vaut prévenir que guérir » du 19 septembre 2007⁴⁹, du deuxième programme d'action communautaire dans le domaine de la santé (2008-2013)⁵⁰, ou de la recommandation de la Commission du 7 février 2008 aux États membres concernant un code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies.⁵¹

Il ressort de ces différents textes que le principe de précaution est un élément essentiel de la politique de l'Union européenne en matière de protection de la santé publique et de l'environnement. La complexité croissante des technologies utilisées dans la fabrication des produits ainsi que l'intensification des échanges commerciaux sont mentionnés comme justifiant l'extension de son champ d'application.⁵²

5.2.2. Dans la jurisprudence de l'Union européenne⁵³

En 1998, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, maintenant CJUE) invoqua pour la première fois le principe de précaution dans des affaires relevant exclusivement de la protection de la santé. Cette jurisprudence s'étoffera au fil des affaires, si bien que l'extension du champ d'application du principe de précaution, malgré son fondement sur un raisonnement juridique plutôt obscur, deviendra bientôt généralement admise. Ces développements vont être relayés par le droit dérivé et franchiront même, nous le verrons au point suivant⁵⁴, les frontières suisses.

⁴⁷ Recommandation 1787 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Principe de précaution et gestion responsable des risques*, pt. 7, disponible sous <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta07/FREC1787.htm#1> (consulté le 29 juin 2010)

⁴⁸ *Livre blanc sur la sécurité alimentaire*, COM (1999) 0719 final, 12 janvier 2000, p. 3 et 10, disponible sous http://europa.eu/legislation_summaries/other/132041_fr.htm (consulté le 29 juin 2010)

⁴⁹ COM(2007) 539 final, pt. 5.1.1, disponible sous http://europa.eu/legislation_summaries/food_safety/animal_health/l67002_fr.htm (consulté le 29 juin 2010)

⁵⁰ Décision n° 1350/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 établissant un deuxième programme d'action communautaire dans le domaine de la santé (2008-2013), JO n° L 301 du 20 novembre 2007, cons. 25

⁵¹ JO n° L 116 du 30 avril 2008, pts. 3.3 et 4.2

⁵² Voir notamment le *Livre blanc sur la sécurité alimentaire* (cf. ci-dessus, note 48), ainsi que la *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 2 et 7-9

⁵³ Ce point s'attache à mentionner les arrêts paraissant significatifs et ne vise pas l'exhaustivité

⁵⁴ Cf. ci-dessus, pt. 5.3

A. Survol

C'est lors de la crise de la « vache folle », dans deux arrêts du 5 mai 1998, que la Cour de justice a pour la première fois étendu explicitement le champ d'application du principe de précaution à un enjeu de santé publique, statuant sur la contestation de décisions d'embargo de la Commission européenne à l'encontre des produits bovins provenant du Royaume Uni (arrêt du 5 mai 1998, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, et arrêt du 5 mai 1998 *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96).⁵⁵ La Cour affirme dans ces arrêts que « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». Et poursuit : « cette approche est corroborée par l'article 130 R, paragraphe 1^{er}, du Traité CE [maintenant art. 191 par. 1 du Traité de Lisbonne], selon lequel la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Le paragraphe 2 du même article [maintenant art. 191 par. 2 du Traité de Lisbonne] prévoit que cette politique, visant un niveau de protection élevé, se fonde notamment sur les principes de précaution et d'action préventive et que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté ». ⁵⁶ Ce raisonnement ne fut pas immédiatement répété dans des arrêts consécutifs concernant des risques scientifiquement incertains pour la santé publique, où la légalité de démarches de précaution fut confirmée par la Cour sans référence au principe de précaution.⁵⁷ Les juges semblèrent hésiter à confirmer de façon explicite leur élan créatif.

La Cour de justice remit le principe de précaution sur le devant de la scène dans un arrêt du 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, C-6/99, relatif à l'admissibilité d'une variété de maïs transgénique comme plante cultivable en France, destinée à l'alimentation humaine et animale. Le principe y est invoqué à l'appui de l'interprétation du droit dérivé de façon plus explicite que dans les arrêts *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, et *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96. La Cour soutient en effet que le

⁵⁵ Cf. GODARD, *Le principe de précaution face au dilemme*, p. 31 ; MANES, p. 1336 ; ARNDT, p. 100 ; avant ces arrêts, les tribunaux de la Communauté européenne reconnaissaient, principalement en matière de sécurité alimentaire et sans mentionner le principe de précaution, que les institutions communautaires étaient légitimées à suivre une démarche de précaution (arrêt de la CJCE du 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food e.a., ex parte : Fedesa e.a.*, C 331/88, pt. 9), tout comme les États membres sur la base de clauses de sauvegarde (arrêt de la CJCE du 14 juillet 1983, procédure pénale contre *Sandoz BV*, C-174/82, pt. 16)

⁵⁶ Arrêt *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, pts. 63 et 64, et arrêt *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96, pts. 99 et 100

⁵⁷ Arrêt du TPICE du 16 juillet 1998, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-199/96, pt. 66 ; arrêt de la CJCE du 11 juillet 2000, *Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha AB*, C-473/98, pts. 42-45

principe de précaution est exprimé dans certaines dispositions de la directive topique⁵⁸, notamment dans celle qui prévoit « la faculté de tout État membre [...] de limiter ou d'interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente sur son territoire d'un produit qui a fait l'objet d'un consentement dont il a des raisons valables de considérer qu'il présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement ». ⁵⁹ Les juges ont fondé la mise en œuvre du principe de précaution sur une clause de sauvegarde, sans faire référence au Traité constitutif ou à la jurisprudence antérieure.

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE, maintenant TPIUE) consacra ensuite de longs développements à l'élargissement du champ d'application du principe de précaution, dans deux arrêts de principe⁶⁰ du 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, et *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, T-70/99⁶¹. Ces affaires concernent l'interdiction d'adjoindre certains antibiotiques pour favoriser la croissance animale, fondée, par le biais d'une directive, sur l'actuel article 43 du Traité de Lisbonne (politique agricole commune). Pour justifier le recours au principe de précaution par les institutions lorsqu'elles prennent, dans le cadre de la politique agricole commune, des mesures de protection de la santé humaine, le Tribunal répète le raisonnement fait dans les arrêts *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, et *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96. Il ajoute que conformément à l'(ex-) article 152 du Traité CE, « les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté et doivent dès lors être prises en compte dans la mise en œuvre de la politique agricole commune par les institutions communautaires ». ⁶² Vient ensuite le constat que l'existence du principe de précaution en matière de santé publique a été reconnue « en substance et de façon à tout le moins implicite » par la Cour de justice, le Tribunal de première instance et la Cour de l'AELE dans toute une série d'arrêts énumérés. ⁶³

Le Tribunal de première instance étoffa son raisonnement dans l'arrêt du 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, concernant le retrait d'autorisations de mise sur le marché de médicaments contenant des anorexigènes. Le Tribunal consacra tout d'abord l'existence d'un principe général, dégagé par la jurisprudence⁶⁴, selon lequel « la protection de la santé publique doit incontestablement se voir reconnaître une importance prépondérante par rapport aux

⁵⁸ Le principe de précaution n'était alors pas inscrit dans la directive 90/220/CEE du Conseil, du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement (JO n° L 117 du 8 mai 1990)

⁵⁹ Arrêt *Association Greenpeace France e.a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, C 6/99, pt. 44

⁶⁰ Cf. ARNDT, p. 103

⁶¹ Les passages que nous mentionnerons se retrouvent dans les deux arrêts

⁶² Arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 114

⁶³ Idem, pt. 115

⁶⁴ Notamment dans l'arrêt de la CJCE du 17 juillet 1997, *Affish BV c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, C-183/95, pt. 43

considérations économiques », imposant notamment la prise en compte exclusive des aspects relatifs à la protection de la santé dans les procédures d'autorisation de mise sur le marché de médicaments.⁶⁵ D'après le Tribunal de première instance, ce principe de prééminence de la protection de la santé publique implique la mise en œuvre du principe de précaution en situation d'incertitude scientifique.⁶⁶ Il poursuit avec le raisonnement, évoqué précédemment, selon lequel le principe de précaution a un champ d'application qui dépasse les questions d'environnement, puisque l'article 174 paragraphe 1 du Traité CE (maintenant art. 191 par. 1 du Traité de Lisbonne) inscrit la protection de la santé des personnes parmi les objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Le principe de précaution a ainsi 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 auxquels les exigences de protection de l'environnement et de la santé sont explicitement intégrées (art. 6 et 152 par. 1 TCE, maintenant art. 11 et 168 par. 1 du Traité de Lisbonne).⁶⁷ Le Tribunal de première instance fait même un pas de plus : selon lui, il résulte de ce qui précède que « le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques. En effet, dans la mesure où les institutions communautaires sont responsables, dans l'ensemble de leurs domaines d'action, de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome découlant des dispositions susmentionnées du traité ».⁶⁸ Les dispositions du Traité CE auxquelles il est fait référence sont notamment l'article 3 paragraphe 1 lettre p qui prévoit, parmi les politiques et actions de la Communauté, « une contribution à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé », l'article 153 paragraphe 2 qui vise un niveau élevé de protection des consommateurs, et l'article 174 paragraphe 2 qui assigne à la politique de la Communauté un niveau élevé de protection dans le domaine de l'environnement (cf. art. 9, 13 et 191 par. 2 du Traité de Lisbonne).

La Cour de justice ne s'aventurera pas à qualifier, comme l'a fait le Tribunal de première instance, le principe de précaution de principe général du droit communautaire ; elle se contentera de prendre appui sur sa propre jurisprudence pour motiver le recours au principe de précaution en matière de santé publique. Par exemple dans son arrêt du 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C-236/01, où il est question de risques pour la santé d'aliments transgéniques, la Cour de justice répète le raisonnement exprimé dans l'arrêt *Association Greenpeace France e.a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, C-6/99, considérant que la clause de sauvegarde prévue par le règlement applicable doit être comprise comme une expression particulière du principe de précaution et

⁶⁵ Arrêt *Artegoda GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pts. 173-175

⁶⁶ Idem, pts. 174 et 181

⁶⁷ Idem, pts. 182-183

⁶⁸ Idem, pt. 184

interprétée à la lumière de celui-ci.⁶⁹ Se référant aux arrêts *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, et *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96, elle soutient ensuite qu'en vertu du principe de précaution, des mesures de protection peuvent être prises par les États membres en cas d'incertitude concernant l'existence ou la portée de risques pour la santé des personnes.⁷⁰ Référence qu'elle répétera dans l'arrêt du 23 septembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark*, C-192/01, concernant l'interdiction, par un État membre, de commercialiser des denrées alimentaires auxquelles des vitamines et des minéraux ont été ajoutés⁷¹, de même que dans d'autres arrêts du même acabit.⁷² Ainsi, selon la Cour de justice, un doute concernant l'innocuité d'un produit peut suffire à restreindre la libre circulation des marchandises à défaut d'harmonisation par le droit de l'Union européenne.

Quant au Tribunal de première instance, il persista mais ne signera pas. Une fois encore, dans son arrêt du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, T-392/02, concernant le retrait de l'autorisation d'un additif alimentaire pour animaux, il émet l'avis que le principe de précaution est un principe général et autonome, découlant des dispositions du Traité CE et pouvant être mis en œuvre même si le règlement applicable en l'espèce ne l'intègre pas.⁷³ Le Tribunal renonça à cette argumentation dans les arrêts ultérieurs pour se ranger à celle de la Cour de justice, en évitant de mentionner l'existence d'un principe général et autonome. Dans son arrêt du 10 mars 2004, *Malagutti-Vezinhet SA c. Commission des Communautés européennes*, T-177/02, par exemple, concernant l'interprétation de la notion de « risque grave et immédiat » figurant dans la directive 92/59/CEE du Conseil du 29 juin 1992 (abrogée) relative à la sécurité générale des produits⁷⁴, il écrit simplement que « selon le principe de précaution prévalant en matière de protection de la santé publique, l'autorité compétente peut être obligée de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, et ce sans attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». Le Tribunal de première instance y répète néanmoins que la protection de la santé doit se voir accorder un intérêt prépondérant par rapport aux considérations économiques.⁷⁵ La Cour de justice, quant à elle, précisera tout de même, dans son arrêt du 12 juillet 2005, *The Queen, Alliance for Natural Health e.a c. Secretary of State for Health*, dans les affaires jointes C-154/04 et C-155/04 concernant l'interdiction de commercialiser certains compléments alimentaires, que le législateur de l'Union européenne doit prendre en compte le principe de précaution lorsqu'il adopte, dans le cadre de la politique du marché

⁶⁹ Arrêt *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C-236/01, pt. 110

⁷⁰ Idem, pt. 111

⁷¹ Arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark*, C-192/01, pt. 49

⁷² Arrêt de la CJCE du 5 février 2004, *Commission des Communautés européennes c. République française*, C-24/00, pt. 56 ; arrêt de la CJCE du 2 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, C-41/02, pts. 45 et 52

⁷³ Arrêt *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, T-392/02, pts. 121 et 124

⁷⁴ JO n° L 288 du 11 août 1992

⁷⁵ Arrêt *Malagutti-Vezinhet SA c. Commission des Communautés européennes*, T-177/02, pt. 54

intérieur, des mesures visant à protéger la santé humaine.⁷⁶ Elle confirme donc le caractère obligatoire du principe de précaution en matière de protection de la santé.

B. Analyse

La lecture de cette jurisprudence, qui a été confirmée par la suite⁷⁷, amène tout d'abord le constat que la motivation de l'extension du champ d'application du principe de précaution n'est pas des plus limpides. Rappelons le raisonnement fait dans les arrêts mentionnés : la mise en œuvre du principe de précaution en matière de santé publique se fonde, d'une part, sur l'article 174 paragraphe 1 du Traité CE (maintenant art. 191 par. 1 du Traité de Lisbonne) indiquant que la protection de la santé des personnes est l'un des objectifs que la Communauté doit poursuivre dans sa politique de l'environnement – régie notamment par le principe de précaution. Elle se fonde, d'autre part, sur le principe d'intégration, selon lequel « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3⁷⁸, en particulier afin de promouvoir le développement durable » (art. 6 TCE, maintenant art. 11 du Traité de Lisbonne). Vient ensuite la mention de l'article 152 paragraphe 2 du Traité CE (art. 9 du Traité de Lisbonne), portant spécifiquement sur la santé publique, qui prévoit qu'un niveau élevé de protection de la santé doit être assuré. Le Tribunal de première instance ajoute que le principe de prééminence de la protection de la santé publique implique la mise en œuvre du principe de précaution. Par ailleurs, dans certains arrêts, la Cour de justice se limite à fonder la mise en œuvre du principe de précaution sur une clause de sauvegarde prévue dans le droit dérivé, sans faire référence au Traité CE.⁷⁹

Or il ne s'agit pas de bases juridiques octroyant de façon claire la compétence à l'Union européenne de mettre en œuvre le principe de précaution dans des affaires relevant exclusivement de la protection de la santé.⁸⁰ Le raisonnement invoqué à l'appui de l'extension du champ d'application du principe de précaution peut même sembler curieux, puisqu'un lien avec l'environnement devrait être un préalable à l'intégration

⁷⁶ Arrêt *The Queen, Alliance for Natural Health e.a. c. Secretary of State for Health*, C-154/04 et C-155/04, pt. 68

⁷⁷ On peut mentionner notamment l'arrêt de la CJCE du 5 février 2004, *Ministère public c. John Greenham et Léonard Abel*, C-95/01, l'arrêt de la CJCE du 1^{er} avril 2004, *Bellio Fratelli Srl c. Prefettura di Terviso*, C-286/02, l'arrêt de la CJCE du 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, C-504/04, l'arrêt du TPICE du 11 juillet 2007, *Royaume de Suède e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-229/04, l'arrêt du TPICE du 28 septembre 2007, *République française c. Commission des Communautés européennes*, T-257/07 R, l'arrêt du TPICE du 9 septembre 2008, *Bayer CropScience AG e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-75/06, l'arrêt du TPICE du 19 novembre 2009, *Denka International BV c. Commission des Communautés européennes*, T-334/07, l'arrêt de la CJUE du 29 avril 2010, *Solgar Vitamin's France e.a. c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi e.a.*, C-446/08

⁷⁸ L'art. 3 par. 1 let. p TCE prévoit que l'action de la Communauté comporte, dans les conditions prévues par le traité, une contribution à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé

⁷⁹ Par exemple dans l'arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark*, C-192/01, ou l'arrêt *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C-236/01

⁸⁰ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, p. 193 ; ARNDT, p. 145

des exigences en la matière à d'autres politiques.⁸¹ Quoi qu'il en soit, on constate que les juges de l'Union européenne, n'ayant pas trouvé, dans le droit applicable, de réponse à la question de la prise en compte des risques scientifiquement incertains menaçant la santé publique, ont été la chercher dans un domaine voisin, celui de la protection de l'environnement. Ils ont ainsi fait acte de création, « extrayant » le principe de précaution de différentes dispositions du Traité constitutif, puis étendant son champ d'application et développant ses implications au fil des affaires, afin d'atteindre le but fixé par le Traité de garantir un haut niveau de protection de la santé.

On remarque par ailleurs que la nature juridique du principe de précaution en droit de l'Union européenne semble encore flottante : même si la Cour de justice fait, de façon constante, référence à un principe de précaution, s'agit-il en la matière, comme l'a écrit pendant un certain temps le Tribunal de première instance, d'un principe général du droit découlant des dispositions du Traité constitutif, de portée autonome ? Concernant son caractère de principe général, la motivation de la Cour de justice à l'appui de l'extension du champ d'application du principe de précaution incite effectivement à le penser ; elle n'a d'ailleurs jamais contredit cette hypothèse, laissant implicitement la question ouverte. D'une part, la Cour se réfère au principe de précaution tel qu'il figure dans le traité constitutif de l'Union européenne, comme principe juridique fondamental de la protection de l'environnement⁸², et procède par analogie – de façon occulte. Son argumentation alambiquée semble signifier que si la politique de l'Union européenne en matière d'environnement, qui vise également à protéger la santé, est régie par le principe de précaution, il se justifie de mettre le principe en œuvre également lorsque seule la santé publique est menacée. D'autre part, le fait que les juges s'appuient sur le principe de précaution pour interpréter le droit positif et font état du devoir du législateur de le prendre en compte confirme sa nature de principe général qui peut, voire même doit selon les circonstances, être mis en œuvre pour protéger la santé publique indépendamment de toute menace d'atteinte à l'environnement.⁸³ En outre, dans les arrêts *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, et *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-180/96, la Cour de justice a implicitement admis l'application directe du principe de précaution par les institutions de l'Union européenne et les États membres agissant dans le champ du droit de l'Union, puisque le principe a été considéré comme propre à fonder des mesures de précaution indépendamment d'une règle de droit le concrétisant.⁸⁴

Il se peut toutefois que le caractère directement applicable du principe de précaution en matière de santé publique ne soit pas encore suffisamment établi aux yeux de la Cour de justice, et que sa retenue quant à la détermination de la nature juridique du principe de précaution soit motivée par l'ambiguïté de la notion de principe général. Nous avons vu

⁸¹ GONZALES-VAQUE, EHRING, JAQUET, p. 104 ; sur l'art. 6 TCE (art. 11 du Traité de Lisbonne) comme fondement de l'élargissement du champ d'application du principe de précaution, cf. ARNDT, p. 135-137

⁸² Cf. ch. 5, pt. 5.2.2.A

⁸³ Dans le même sens, ICARD, *Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire*, p. 474 ; WEBER, VLCEK, pt. 25

⁸⁴ Cf. ALEMANN, p. 933

que certains auteurs, contrairement à la terminologie que nous utilisons, réservent cette formule aux principes étant directement applicable – donc aux normes suffisamment précises pour s’imposer en l’absence de concrétisation législative et pour être créatrices de façon autonome de droits subjectifs. La reconnaissance de la portée autonome du principe de précaution impliquerait que les institutions de l’Union européenne et les États membres peuvent, voire doivent l’appliquer indépendamment de tout fondement dans le droit dérivé dès lors qu’ils agissent dans le champ du droit de l’Union européenne.

5.2.3. Dans le droit dérivé de l’Union européenne : survol de la législation

Le principe de précaution fut mentionné pour la première fois dans un texte de droit dérivé concernant la protection de la santé dans la directive 2001/18/CEE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d’organismes génétiquement modifiés dans l’environnement.⁸⁵ Cette directive vise à protéger la santé humaine et l’environnement des atteintes potentielles résultant, d’une part, de la dissémination volontaire d’OGM dans l’environnement, et, d’autre part, de la mise sur le marché de produits consistant en OGM ou en contenant.

Afin d’assurer un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, le législateur de l’Union européenne prévoit ensuite, dans la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits⁸⁶, outre l’obligation pour les opérateurs économiques de ne commercialiser que des produits sûrs⁸⁷, que les États membres prennent en compte le principe de précaution dans leurs tâches de surveillance du marché.⁸⁸ Des directives spécifiques en matière de protection de la santé des travailleurs ou des consommateurs, comme la directive 2004/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l’exposition à des agents cancérigènes ou mutagènes au travail⁸⁹, ou la directive 2005/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2005 concernant les phtalates dans les jouets et les articles de puériculture⁹⁰, prévoient également que le principe de précaution peut justifier des mesures de protection.⁹¹

Le principe de précaution est mentionné par ailleurs dans le droit dérivé relatif aux denrées alimentaires, aux produits chimiques et aux produits cosmétiques : dans le règlement (CE) 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l’Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des

⁸⁵ Cons. 8, art. 1^{er}, art. 4 par.1 et annexe II. B de la directive 2001/18/CEE ; le règlement (CE) 1946/2003 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 (JO n° L 287 du 5 novembre 2003) relatif aux mouvements transfrontières des organismes génétiquement modifiés mentionne également le principe de précaution à son article premier

⁸⁶ JO n° L 011 du 15 janvier 2002

⁸⁷ Art. 3 par. 1 de la directive 2001/95/CE

⁸⁸ Art. 8 par. 2 de la directive 2001/95/CE

⁸⁹ JO n° L 148 du 30 avril 2004

⁹⁰ JO n° L 344 du 27 décembre 2005

⁹¹ Cons. 14 de la directive 2004/37/CE et cons. 8 de la directive 2005/84/CE

procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires⁹², il est prévu que le principe de précaution est l'un des principes généraux de la législation alimentaire devant être respecté lors de l'élaboration et de l'application des normes en la matière.⁹³ Quant au règlement (CE) 1334/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif aux arômes et à certains ingrédients alimentaires possédant des propriétés aromatisantes qui sont destinés à être utilisés dans et sur les denrées alimentaires⁹⁴, il prévoit que le principe de précaution « devrait [...] être pris en compte dans le cadre de l'autorisation des arômes ».⁹⁵ Par ailleurs, le règlement (CE) 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH)⁹⁶ repose sur le principe de précaution.⁹⁷ Mentionnons également le règlement (CE) 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques⁹⁸ qui prévoit que les mesures prises par la Commission et les États membres concernant la protection de la santé humaine reposent sur le principe de précaution.⁹⁹

Enfin, en matière de santé végétale et animale, le règlement (CE) 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques¹⁰⁰ prévoit l'application du principe de précaution.¹⁰¹ Quant à la prévention contre les maladies animales à prions telles que l'ESB ou la tremblante chez les ovins et les caprins, le règlement (CE) 1923/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) 999/2001 fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles¹⁰² fonde le maintien de l'interdiction de l'utilisation de protéines animales dans l'alimentation des ruminants sur le principe de précaution.¹⁰³

On voit que, petit à petit, le principe de précaution fait son nid dans le droit dérivé de l'Union européenne relatif à la protection de la santé, indépendamment des dispositions du Traité constitutif concernant l'environnement. Le principe de précaution est par ailleurs considéré comme implicitement concrétisé dans de nombreuses réglementations de l'Union européenne en matière de santé publique, par exemple lorsque l'autorisation de mise sur le marché de certains produits (médicaments, nouveaux aliments et

⁹² JO n° L 031 du 1^{er} février 2002

⁹³ Art. 4 et 7 du règlement (CE) 178/2002

⁹⁴ JO n° L 354 du 31 décembre 2008

⁹⁵ Cons. 7 du règlement (CE) 1334/2008

⁹⁶ JO n° L 396 du 30 décembre 2006

⁹⁷ Art. 1 par. 3 ainsi que les cons. 9 et 69 du règlement (CE) 1907/2006

⁹⁸ JO n° L 342/59 du 22 décembre 2009

⁹⁹ Cons. 36 du règlement (CE) 1223/2009

¹⁰⁰ JO n° L 309/1 du 24 novembre 2009

¹⁰¹ Art. 1 par. 4 du règlement (CE) 1107/2009

¹⁰² JO n° L 404 du 30 décembre 2006

¹⁰³ Cons. 11^{bis} du règlement (CE) 1923/2006

nouveaux ingrédients alimentaires¹⁰⁴) est soumise à la preuve de leur innocuité, ou que des seuils de concentration maximale comprennent une marge de sécurité pour les effets inconnus.¹⁰⁵

5.2.4. Droit de l'Union européenne et droit interne des États membres

A défaut d'harmonisation des législations étatiques par le droit de l'Union européenne, et lorsqu'une incertitude scientifique persiste quant à l'existence ou à la portée d'un risque, c'est aux États membres de déterminer le niveau de risque acceptable.¹⁰⁶ Si la protection de la santé publique relève principalement de leur responsabilité, les compétences de l'Union européenne complètent les politiques nationales et portent notamment sur la prévention des maladies et des causes de danger pour la santé humaine (art. 168 par. 1 du Traité de Lisbonne).¹⁰⁷ Même si l'Union européenne n'a pas de compétence législative générale en la matière, nous avons vu que tant les normes concernant la sécurité alimentaire, incluant les OGM, que celles visant la sécurité des produits, y compris les produits chimiques, ont été harmonisées, et cela sur la base de l'ancien article 95 du Traité CE (maintenant art. 114 du Traité de Lisbonne) relatif à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Comme cette réglementation consacre le principe de précaution, celui-ci s'impose à l'égard des autorités nationales dans les domaines mentionnés. En outre, même en l'absence d'une telle harmonisation, les États membres doivent interpréter les textes de droit national conformément aux normes de l'Union européenne et aux principes qui en découlent.¹⁰⁸ Ainsi, la question de savoir si le principe de précaution s'applique à la protection de la santé publique dans le droit interne des États membres ne devrait pas pouvoir trouver de réponse négative ; l'Allemagne a d'ailleurs reconnu l'applicabilité du principe de précaution en la matière¹⁰⁹, tout comme la France, quoique parfois seulement de façon implicite.¹¹⁰

¹⁰⁴ Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO n° L 311 du 28 novembre 2001) ; règlement (CE) 258/97 du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et nouveaux ingrédients alimentaires (JO n° L 43 du 14 février 1997)

¹⁰⁵ Cf. MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, p. 333 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 97-99 ; ICARD, *Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire*, p. 477 ; STREINZ, p. 422-424 ; ARNDT, p. 85-86

¹⁰⁶ Cf. par exemple l'arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark*, C-192/01, pt. 42, l'arrêt de la CJCE du 2 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, C-41/02, pt. 42, ou l'arrêt *Ministère public c. John Greenham et Léonard Abel*, C-95/01, pt. 37

¹⁰⁷ Les mesures relevant du domaine vétérinaire ou de la santé des végétaux qui menacent directement la santé de la population sont également prises sur la base de cette disposition (art. 168 par. 4 let. b TFUE)

¹⁰⁸ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 127

¹⁰⁹ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 19 ; GOSSEMENT, p. 92-94 ; ARNDT, p. 15 et 20-21 ; HANSCHERL, p. 102

¹¹⁰ DEGUERGUE, p. 156-158 ; KOURILSKY, VINEY, p. 137-138 ; ROUYÈRE, p. 119 ; EWALD, *Philosophie politique*, p. 20 ; ARNDT, p. 53 ; on trouve des analyses approfondies de la réception du principe de précaution dans différents droits nationaux notamment dans l'ouvrage d'O'RIORDAN, CAMERON, JORDAN, ainsi que dans celui d'ARNDT, p. 11-68 ; cf. également les rapports nationaux sur le principe de précaution pour le *XVII^e Congrès international de droit comparé* qui s'est tenu à Utrecht du 16 au 22 juillet 2006, ainsi que GOSSEMENT, p. 87-96 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 151-166 ; BOUTONNET, GUEGAN, p. 259-265

Concernant la faculté, pour les États membres, de faire valoir une clause de sauvegarde en matière de protection de la santé, l'article 36 du Traité de Lisbonne (ancien art. 30 du Traité CE) prévoit que « les dispositions des articles 34 et 35 [interdisant les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation entre les États membres] ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ». Cela ne vaut cependant que si le droit de l'Union européenne ne prévoit pas de mesure de protection (absence d'harmonisation ou harmonisation incomplète)¹¹¹, à moins qu'une mesure étatique approuvée par la Commission soit antérieure à l'harmonisation.¹¹² Certains actes de droit dérivé précisent cette clause de sauvegarde¹¹³ ou indiquent que des mesures nationales de protection peuvent être prises même en présence de dispositions harmonisées. Dans ce cas, ces mesures doivent être fondées sur des nouvelles données ou une nouvelle évaluation des données existantes et ne peuvent être que provisoires ; c'est alors à la Commission qu'il appartient de trancher.¹¹⁴ Relevons également qu'en matière de médicaments à usage humain et vétérinaire, des lignes directrices adoptées par la Commission visant à favoriser une interprétation uniforme du droit précisent que la possibilité, pour un État membre, de ne pas reconnaître une autorisation de mise sur le marché en raison d'un risque potentiel grave¹¹⁵ doit être limitée aux situations où « il existe une forte probabilité pour qu'un danger grave [...] affecte la santé publique »¹¹⁶ ou « la santé humaine, animale ou l'environnement ».¹¹⁷ Il semble ainsi qu'une mesure de précaution prise de façon indépendante par un État membre ne serait pas admise dans ces domaines, il est vrai largement harmonisés.

¹¹¹ Arrêt du TPICE du 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich et République d'Autriche c. Commission des Communautés européennes*, T-366/03 et T-235/04, pt. 62

¹¹² Art. 114 par. 4 et 6 TFUE

¹¹³ Par ex. l'art. 8 de la directive 2001/95/CE

¹¹⁴ Par ex. l'art. 23 de la directive 2001/18/CE ; l'art. 12 de la directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires (JO n° L 183 du 12 juillet 2002)

¹¹⁵ Prévue aux art. 28 par. 4 et 29 de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, ainsi qu'à l'art. 33 de la directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires (JO n° L 311 du 28 novembre 2001)

¹¹⁶ Ligne directrice concernant la définition d'un risque potentiel grave pour la santé publique dans le cadre de l'article 29, paragraphe 1 et 2, de la directive 2001/83/CE, mars 2006 (JO n° C 133 du 8 juin 2006)

¹¹⁷ Ligne directrice concernant la définition d'un risque potentiel grave pour la santé humaine ou animale ou pour l'environnement dans le cadre de l'article 33, paragraphe 1 et 2, de la directive 2001/82/CE, mars 2006 (JO n° C 132 du 7 juin 2006)

5.3. En droit suisse

Le principe de précaution connaît en droit suisse également une extension au domaine de la santé publique qui a, en partie tout au moins, une origine jurisprudentielle. Nous verrons cependant que dans la jurisprudence, le recours au principe de précaution n'est pas systématique. L'étude des arrêts topiques nous permettra en outre d'évaluer si la réglementation est vraiment lacunaire concernant les risques scientifiquement incertains. Nous passerons ensuite en revue la législation relative à la protection de la santé, afin d'y dénicher les mentions du principe ou la présence de démarches de précaution, avant de faire le point sur les relations, en la matière, entre le droit fédéral, les droits cantonaux et le droit de l'Union européenne.

5.3.1. Dans la jurisprudence

C'est l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques, aujourd'hui intégrée au Tribunal administratif fédéral, qui a initié l'élargissement du champ d'application du principe de précaution. Le Tribunal fédéral n'a pour l'instant mentionné le principe qu'une seule fois en relation avec la mise sur le marché de médicaments. Les juges l'ont également invoqué à l'appui de l'interprétation d'une disposition de la loi du 1^{er} juillet 1966 sur les épizooties (LFE).¹¹⁸ Nous allons tout d'abord constater la diversité des raisonnements des juges à propos de mesures de précaution visant la protection de la santé, pour ensuite tenter de l'expliquer.

A. Survol

La Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques a pour la première fois invoqué le *Vorsorgeprinzip* dans un arrêt HM 04.048 du 3 septembre 2004 qui traitait en particulier de la proportionnalité de la suspension de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament. Les juges ont estimé que des défauts de la documentation relative à la qualité de la préparation entraînaient un risque potentiel non négligeable pour la santé publique, et que ce risque devait être écarté « im Sinne des heilmittelrechtlichen Vorsorgeprinzips ». ¹¹⁹ Cet arrêt s'en tient, au sujet de la mise en œuvre du principe de précaution, à cette formule lapidaire. Peu après, dans l'arrêt HM 04.073 du 23 novembre 2004, les juges révèlent le raisonnement suivi, mentionnant, dans un contexte semblable, l'ATF 113 Ib 60 concernant le droit de l'environnement. ¹²⁰ Dans un arrêt ultérieur en français, c'est bien au principe de précaution qu'il est fait référence. ¹²¹ Les juges fédéraux de première instance exprimeront par ailleurs l'avis que le *Vorsorgeprinzip* domine le droit suisse des produits thérapeutiques. ¹²² Cette motivation novatrice n'a pas tout de suite été suivie par le Tribunal fédéral, qui n'a que récemment invoqué le principe de précaution en la matière. ¹²³ Il a par contre toujours

¹¹⁸ RS 916.40

¹¹⁹ Arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 04.048 du 3 septembre 2004, publié dans la JAAC 69.23, cons. 5.4

¹²⁰ Arrêt HM 04.073, cons. 4.3

¹²¹ Arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 05.099 du 5 septembre 2005

¹²² Cf. par exemple les arrêts de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 05.104 du 31 janvier 2006, cons. 6.1 ; HM 06.166 du 19 septembre 2006, cons. 1.2.1

¹²³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_407/2009 du 18 janvier 2010, cons. 3.1.1

soutenu la première instance dans le fond, quant à la nécessité d'éviter tout risque – même potentiel – qui dépasse les bénéfices attendus d'un produit thérapeutique, et donc d'interpréter la notion de sécurité comme incluant la prévention des risques scientifiquement incertains.¹²⁴

En matière de denrées alimentaires, le Tribunal fédéral n'a pas estimé nécessaire de se référer au principe relativement à une démarche de précaution, prévue il est vrai cette fois dans la législation : dans l'ATF 124 IV 297 concernant la mise sur le marché de salades présentant un taux de fongicides et de nitrates supérieur aux valeurs de tolérance prévues dans une ordonnance, les juges se sont contentés de mentionner que le but de la loi sur les denrées alimentaires est de protéger les consommateurs d'aliments ou d'objets de consommation pouvant présenter un danger.¹²⁵

En matière médicale, une affaire intéressante concerne la responsabilité civile d'un vétérinaire dont la prescription de vitamine D3 à des porcs atteints de broncopneumonie entraîna une mortalité foudroyante. Dans cet arrêt, l'ATF 93 II 19, les juges n'imputent pas de faute au praticien, car la toxicité de la substance était inconnue à l'époque, et précisent : « il eût incombé au recourant [l'exploitant de la porcherie] d'établir que du moins la science vétérinaire s'était posée la question, qu'un doute et une incertitude existaient ».¹²⁶ À notre avis, on peut en conclure qu'une démarche de précaution s'impose aux vétérinaires sous peine de voir leur responsabilité engagée, et qu'à plus forte raison, les professionnels de la médecine humaine également ont le devoir de mettre en œuvre le principe de précaution. Pour l'heure, les juges du Tribunal fédéral ne se sont pas, à notre connaissance, prononcés à ce sujet. On trouve, dans la jurisprudence relative à la responsabilité médicale, l'affirmation que le médecin ne répond que de l'ignorance « des données généralement connues de la science médicale », afin de tenir compte des « imperfections de la science et de la faillibilité humaine ».¹²⁷ Un arrêt plus récent précise qu'une faute du médecin n'est pas admise si, selon l'état de la science médicale, toutes les mesures nécessaires ne permettaient pas d'éviter un risque non maîtrisable.¹²⁸ Or la faute médicale a été définie comme une violation de l'obligation de dispenser des soins « attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science »¹²⁹, sans qu'il soit précisé si des doutes quant à l'existence d'un risque peuvent être considérés comme une donnée acquise du moment qu'ils sont généralement connus. Si le médecin ne commet pas de faute lorsque le dommage a une origine qui n'était pas reconnaissable selon l'état de la science¹³⁰, a-t-il le devoir de prendre des mesures pour protéger un patient de risques seulement soupçonnés, controversés au sein

¹²⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 2A.515/2002 du 28 mars 2003, cons. 4.2.1 ; 2A.278/2005 du 29 novembre 2005, cons. 4 ; 2A.287/2006 du 22 décembre 2006, cons. 3.3.2

¹²⁵ ATF 124 IV 297, cons. 2b/aa

¹²⁶ ATF 93 II 19, cons. 2

¹²⁷ ATF 105 II 284, cons. 1 ; également 113 II 429, cons. 3

¹²⁸ ATF 120 II 248, cons. 2c

¹²⁹ MANAÏ, p. 107

¹³⁰ Idem, p. 108

de la communauté scientifique ? La réponse nous semble devoir être affirmative¹³¹, quoique nuancée selon les circonstances : temps et moyens à disposition, type de traitement, marge d'appréciation du corps médical.¹³²

Il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul arrêt publié au recueil des ATF où le Tribunal fédéral a invoqué le principe de précaution hors du champ d'application du droit de l'environnement : il s'agit de l'ATF 132 II 305 relatif à une action en responsabilité contre la Confédération suisse dans la crise de la « vache folle ». Selon les juges, statuant sur la prétention de 2'206 agriculteurs en indemnisation pour non-respect du principe de précaution par l'administration fédérale, « [...] l'art. 9 [de la loi sur les épizooties] se présente comme une concrétisation implicite du principe de précaution ; en effet, cette disposition engage clairement les autorités compétentes à agir, même en cas d'incertitude scientifique, pourvu que les mesures envisagées "paraissent propres" à empêcher l'apparition ou la propagation d'une épizootie d'après l'état de la science et de l'expérience et que, conformément au principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst), leur coût soit en rapport avec le bénéfice escompté ».¹³³ Dans cette affaire, les recourants reprochaient pour l'essentiel à la Confédération de n'avoir pas adopté à temps les mesures qui auraient empêché l'apparition de l'encéphalopathie spongiforme bovine en Suisse, et d'être ainsi responsable de pertes consécutives à la chute du prix de la viande. Alors que la Commission fédérale de recours en matière de responsabilité de l'État avait admis le recours, le Tribunal fédéral l'a rejeté pour le motif que les autorités disposaient d'une certaine liberté d'action pour faire face à la crise, tant concernant le choix des mesures que le moment de les prendre, « afin de tenir compte de la complexité du cas et des nombreux intérêts en jeu ».¹³⁴ Il a par ailleurs explicitement laissé ouverte la question de savoir si le principe de précaution vaut de façon générale dans les domaines de la santé humaine ou animale et de la sécurité alimentaire de la même manière qu'en droit de l'environnement, et, le cas échéant, s'il revêt un caractère obligatoire.¹³⁵

B. Analyse

Nous allons nous efforcer d'explicitier, à la lumière du droit applicable, la jurisprudence mentionnée en matière de produits thérapeutiques, ainsi que le raisonnement du Tribunal fédéral selon lequel le principe de précaution est implicitement contenu dans la loi sur les épizooties. Cela dans le but d'évaluer si une extension du champ d'application du principe de précaution est vraiment nécessaire dans ces domaines.

À l'examen des raisonnements formulés dans la jurisprudence de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques invoquant le *Vorsorgeprinzip*, il apparaît que les juges procèdent par analogie, se référant à un arrêt qui relève du droit

¹³¹ Ce point de vue est très controversé : *contra*, par exemple, NOIVILLE, *Principe de précaution et santé*, p. 89

¹³² Cf. ATF 120 II 248, cons. 2c

¹³³ ATF 132 II 305, cons. 4.3

¹³⁴ Idem, cons. 5.4.1

¹³⁵ Idem, cons. 4.3

de l'environnement.¹³⁶ La première instance de recours paraît avoir considéré que l'interprétation du droit applicable n'indique pas clairement si les risques scientifiquement incertains sont appréhendés par la législation sur les produits thérapeutiques et, par conséquent, elle formule une norme générale et abstraite en étendant le champ d'application du principe de précaution pour y répondre. À la lecture de la législation topique, on constate que l'interprétation littérale de différentes dispositions de la loi sur les produits thérapeutiques ne permet pas de savoir si le législateur a pensé aux risques scientifiquement incertains : la loi se borne à prévoir que les produits mis sur le marché doivent être « sûrs » ou ne pas impliquer de mise en danger de la santé (art. 1 al. 1, art. 10 al. 1 let. a et art. 45 al. 1 LPTh). Un seul indice réside dans la référence à « l'état de la science et de la technique » auquel les mesures destinées à garantir la santé, ainsi que la documentation prouvant la qualité, la sécurité et l'efficacité du médicament, doivent être conformes (art. 3 LPTh et art. 2 de l'ordonnance du 9 novembre 2001 sur les exigences relatives aux médicaments [OEMéd]¹³⁷). Ainsi, ce sont les connaissances dans l'état où elles se trouvent, même balbutiantes donc et incluant tout élément tel que les indices non consolidés, qui doivent être prises en compte, pour autant qu'elles soient accessibles. Par ailleurs, si nos tentatives d'interprétation systématique et historique¹³⁸ de la loi sur les produits thérapeutiques demeurèrent vaines, on constate aisément qu'une démarche de précaution s'inscrit dans le but principal de la loi, celui de « protéger la santé de l'être humain et des animaux » (art. 1 al. 1 LPTh). Comme les médicaments comportent le risque d'être utilisés de façon incorrecte ou abusive, leur mise sur le marché peut entraîner un danger pour la santé publique. Cela explique que le domaine soit très réglementé et que la législation prévoie des restrictions importantes aux libertés : non seulement la vente et l'achat de médicaments sont soumis à des conditions limitatives, mais également de nombreuses autres activités, telles que la fabrication, les essais cliniques, la distribution, l'importation, l'exportation ou la publicité. Le fait que les autorités suivent une démarche de précaution dans l'évaluation des risques des médicaments est dès lors cohérent avec la pesée des intérêts qui ressort de l'ensemble de la réglementation. Si ces éléments semblent avoir motivé l'invocation du principe de précaution par l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques, le Tribunal fédéral a pendant un certain temps simplement rattaché les démarches de précaution suivies à la notion de « sécurité » des produits ; la question de l'opportunité de ces choix sera abordée au chapitre suivant.¹³⁹ Contentons-nous de relever ici que l'on se trouve vraisemblablement dans une zone grise entre concrétisation d'une notion indéterminée et comblement de lacune, puisque l'on ne dispose que de peu de points d'ancrage pour l'interprétation, concernant la prise en compte ou non des risques scientifiquement incertains, des dispositions en cause.

¹³⁶ Nous évaluerons cette jurisprudence plus en détail, en particulier la pertinence de l'analogie retenue, dans le ch. 6, pt. 6.2

¹³⁷ RS 812.212.22

¹³⁸ Voir les débats parlementaires de la session d'hivers 2000 (99.020), disponibles sous http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4605/22311/f_n_4605_22311_22324.htm (consulté le 29 juin 2010) ; également RICHLI, p. 340ss

¹³⁹ Ch. 6, pt. 6.2.1

Dans l'ATF 132 II 305, les juges du Tribunal fédéral ont estimé que l'article 9 de la loi sur les épizooties concrétise implicitement le principe de précaution. Si l'on se prête à l'exercice d'interprétation du texte légal, on constate tout d'abord que dans la disposition en question, selon laquelle « la Confédération et les cantons prennent toutes les mesures qui, d'après l'état de la science et de l'expérience, paraissent propres à empêcher l'apparition et la propagation d'une épizootie », le recours au verbe paraître renvoie à une situation d'incertitude : lorsque les menaces sont connues, les mesures nécessaires pour éviter qu'elles se réalisent le sont généralement aussi. L'interprétation systématique et historique¹⁴⁰ ne confirme ni n'infirme cette hypothèse, qui s'inscrit bien dans le but de la loi d'éradiquer et de combattre les épizooties (art. 1a LFE). Bien plus, cet objectif ne peut être atteint que si les autorités prennent également des mesures de nature préventive en situation d'incertitude quant à l'existence ou à la gravité d'un risque, l'affaire de la « vache folle » l'a montré. Si l'on considère l'ensemble de la loi, on constate qu'elle permet aux autorités de prendre des mesures incisives, comme la mise à mort d'animaux sains (indemnisée par les collectivités publiques), des restrictions à la circulation, au commerce d'animaux et de denrées alimentaires, ou des limitations quant à l'emplacement et à l'aménagement des exploitations (art. 10ss LFE). La mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre de cette loi est ainsi cohérente avec la pesée des intérêts globale qui en ressort. Dans l'arrêt évoqué, le Tribunal fédéral étend le champ d'application du principe de précaution à la lutte contre les épizooties, domaine relevant exclusivement de la protection de la santé publique, mais sans considérer que le droit est lacunaire, en « extrayant » le principe par interprétation du texte légal. On remarque néanmoins que le raisonnement par analogie n'est pas tout à fait absent de cet arrêt, les juges se référant à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ainsi qu'à la doctrine environnementaliste pour cerner le contenu du principe de précaution.¹⁴¹

Notons enfin que lorsque, dans la jurisprudence mentionnée en matière de produits thérapeutiques et de lutte contre les épizooties, il est fait référence au principe de précaution, les juges l'invoquent comme principe juridique à l'appui de l'interprétation du droit existant ; la question de son caractère directement applicable demeure ouverte. Il en est de même concernant l'étendue de son champ d'application en matière de santé publique, à moins que le législateur ne prévienne explicitement sa mise en œuvre dans un domaine particulier.

¹⁴⁰ Voir en particulier le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi fédérale sur les mesures à prendre pour combattre les épizooties, du 3 septembre 1965 (FF 1965 II 1082)

¹⁴¹ ATF 132 II 305, cons. 4.3 et 5.3

5.3.2. Dans la législation

Avant de passer en revue les différentes lois qui, hors du droit de l'environnement, mentionnent le principe de précaution ou lui font une place implicite, notons que ni les dispositions constitutionnelles visant la protection de la santé (art. 110 al. 1 let. a, art. 118 et art. 119a let. a Cst.), ni celles relatives au génie génétique dans le domaine non humain (art. 120 Cst.) ou à l'agriculture (art. 104 Cst.) n'y font référence, de quelque manière que ce soit. Elles se bornent à exprimer l'idée que la santé ou la sécurité de l'être humain (respectivement des travailleurs ou de l'approvisionnement de la population) doit (ou peut) être protégée par des mesures étatiques.

La loi sur le génie génétique du 21 mars 2003 a été la première loi suisse qui a explicitement prévu la mise en œuvre du principe de précaution, faisant écho au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques entré en vigueur le 11 septembre 2003, auquel la Suisse est partie. La loi sur le génie génétique est un élément clé de l'élargissement du champ d'application du principe de précaution, car il ne s'agit pas d'une législation sectorielle mais transversale (*Querschnittsrecht*).¹⁴² Elle a en effet pour but de protéger tant l'être humain que les animaux et l'environnement contre les abus en matière de génie génétique, et se fonde sur un article constitutionnel spécifique, l'article 120 Cst., ainsi que sur ceux relatifs à la protection de l'environnement et à la protection de la santé (art. 74 et art. 118 Cst.) ; ce sont bien les atteintes directes à la santé de l'être humain qui sont visées par cette réglementation.¹⁴³

Par ailleurs, la nécessité de prendre des mesures de précaution pour protéger la santé s'est imposée avec acuité, en Suisse également, dès les années 1990, avec la crise de la « vache folle ». Depuis lors, l'article 148a de la loi sur l'agriculture, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, prévoit que des mesures de précaution peuvent être prises s'il semble plausible qu'un moyen de production ou un matériel végétal peut avoir des effets secondaires intolérables pour la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux, ou pour l'environnement. Le Message qui accompagne cette révision législative fait référence au principe de précaution.¹⁴⁴ Le principe a ensuite été explicitement intégré dans le projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires (art. 22 al. 3 et art. 23)¹⁴⁵ visant à harmoniser le droit suisse à la législation de l'Union européenne.¹⁴⁶ Il figure également dans le Message relatif au projet du 3 décembre 2010

¹⁴² ERRASS, *Öffentliches Recht der Gentechnologie*, p. 13

¹⁴³ Message du 1^{er} mars 2000 relatif à une modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (FF 2000 16 2283), p. 2296 ; les prescriptions plus sévères d'autres lois, comme la loi sur les denrées alimentaires ou la loi sur les produits thérapeutiques, sont réservées (art. 4 LGG)

¹⁴⁴ Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole (politique agricole 2007), Partie I : Révision partielle de la loi sur l'agriculture (FF 2002 4401), p. 4515

¹⁴⁵ Disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/lebensmittel/04865/05022/07826/index.html?lang=fr> (consulté le 24 juin 2010)

¹⁴⁶ OFSP, *Rapport de la révision de la loi sur les denrées alimentaire du 1^{er} juillet 2009*, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/lebensmittel/04865/05022/07826/index.html?lang=fr> (consulté le 24 juin 2010), p. 3

de révision totale de la loi sur les épidémies.¹⁴⁷ La volonté du législateur ainsi exprimée pourrait être un élément important en faveur d'une éventuelle consécration jurisprudentielle de l'élargissement du champ d'application du principe à tout le domaine de la santé publique.

5.3.3. Démarches de précaution prévues par la législation et pratique des autorités

Comme le principe de précaution ne figure pas (encore) dans les lois suisses relatives à la protection de la santé autres que celle sur le génie génétique, nous allons nous attacher à découvrir les démarches de précaution prévues par les textes législatifs qui concrétisent les mandats attribués à la Confédération par les articles 110 et 118ss de la Constitution. La prévention y occupe en effet une place prépondérante : les autorités ont le devoir de prendre toutes les mesures propres à empêcher l'apparition d'un danger grave pour la santé, par exemple en matière de protection contre les épizooties.¹⁴⁸ Les marchandises mises en circulation ne doivent pas mettre les êtres humains en danger.¹⁴⁹ La mise sur le marché de certains produits, comme les produits thérapeutiques ou certains produits chimiques, est subordonnée à la preuve de leur sécurité.¹⁵⁰ Parfois certaines personnes, les employeurs par exemple, se voient attribuer un devoir de prévention spécifique.¹⁵¹

Comme les risques scientifiquement incertains menacent tant l'environnement que la santé publique¹⁵², l'État ne peut remplir son mandat de protection de la santé que s'il prend, en fonction du niveau de protection recherché, des mesures de précaution, nous l'illustrerons au chapitre suivant.¹⁵³ Et c'est bien ce qu'il fait, par exemple lorsque, se fondant sur des ordonnances du Conseil fédéral, il agit contre l'ESB¹⁵⁴, malgré les incertitudes concernant la maladie.¹⁵⁵ Ou lorsqu'il prend des mesures contre la grippe

¹⁴⁷ Message du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (FF 2011 291), p. 347 ; le projet de loi est disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=fr> (consulté le 12 février 2011)

¹⁴⁸ Art. 9 LFE

¹⁴⁹ Cf. par exemple, les art. 13 al. 1 et 14 LDAI, les art. 5 al. 1 et 8 de la loi du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques [LChim, RS 813.1]) ou l'art. 3 de la loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (LSPro, RS 930.11)

¹⁵⁰ Art. 10 al. 1 let. a LPTh et art. 10 al. 2 let b et al. 3, art. 11 al. 1 et art. 16 LChim

¹⁵¹ Art. 6 de la loi du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail [LTr, RS 822.11])

¹⁵² Cf. ch. 1, pt. 1.1.1

¹⁵³ Ch. 6, pt. 6.1.1

¹⁵⁴ Cf., par exemple, l'ordonnance du 29 novembre 1990 concernant des mesures immédiates de lutte contre l'encéphalopathie spongiforme bovine (RO 1990 1920), dans laquelle l'interdiction d'affourager des farines animales aux ruminants et l'exclusion de la chaîne alimentaire humaine de certains organes et tissus bovins sont prévues

¹⁵⁵ PERLER, GUIDON, SCHMIDT, p. 694 ; OVF, *Magazine* 4/2001, p. 10, disponible sous <http://www.bvet.admin.ch/dokumentation/00327/01310/01557/index.html?lang=fr> (consulté le 25 juin 2010) ; cf. également l'ATF 132 II 305, pt. C

aviaire¹⁵⁶, alors que la capacité du virus à muter en virus pandémique est incertaine.¹⁵⁷ Il le fait aussi lorsqu'il interdit l'utilisation d'hormones et d'antibiotiques comme promoteurs de croissance animale¹⁵⁸, en ne disposant que d'indices de risques pour la santé des consommateurs.

De fait, le principe de précaution s'est installé dans la pratique administrative même en l'absence de base légale spécifique, les autorités l'invoquant parfois comme fondement de leurs actions lorsque des incertitudes subsistent : on le trouve mentionné notamment dans des publications de l'Office fédéral de la santé publique¹⁵⁹ ou de l'Office vétérinaire fédéral.¹⁶⁰ Selon un rapport de l'administration fédérale, le principe découle de façon implicite de différentes dispositions légales visant la protection de la santé publique (en particulier l'art. 9 LFE, l'art. 1, l'art. 6, l'art. 9 et l'art. 10 LDAI, l'art. 148a LAgr, ainsi que les dispositions [non différenciées] de la LChim et de la loi sur la radioprotection¹⁶¹).¹⁶² Précisons que même si le principe de précaution est considéré comme inhérent à la législation mentionnée, cela ne signifie pas encore qu'il ait un statut de droit coutumier. Il faudrait pour cela que toute la communauté juridique ou la majorité d'entre elle soit d'avis qu'une telle coutume existe depuis plusieurs décennies, ce qui n'est pas le cas, en Suisse tout au moins ; nous allons voir que même les pouvoirs publics sont erratiques à cet égard. Il serait d'ailleurs considéré comme insuffisant qu'une telle opinion règne seulement parmi les autorités qui appliquent le droit.¹⁶³

La pratique administrative en matière de précaution est en effet moins cohérente qu'il ne paraît. L'Office fédéral de la santé publique a, par exemple, publié une fiche informative sur les perturbateurs endocriniens et leurs risques supposés, sans expliquer pourquoi la Suisse n'intervient pas aussi restrictivement que le Canada ou l'Union européenne et, bien entendu, sans mentionner le principe de précaution.¹⁶⁴ En matière de nanotechnologies également, nulle mention du principe de précaution dans la fiche

¹⁵⁶ Ordonnance du 27 avril 2005 sur les mesures de lutte contre une pandémie d'influenza (RS 818.101.23)

¹⁵⁷ Cf. les analyses parues dans LE TEMPS du 10 décembre 2005, p. 11, et du 25 février 2006, p. 17, qui ont fait état de controverses dans le monde scientifique quant à la vraisemblance de la mutation du virus

¹⁵⁸ Annexe 4 let. a et b de l'ordonnance sur les médicaments vétérinaires du 18 août 2004 (OMédV, RS 812.212.27) et art. 160 al. 8 LAgr

¹⁵⁹ Par exemple, concernant l'utilisation (déconseillée) de pommades contenant de la paraffine pour les mamelons lors de l'allaitement, cf. <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=fr&msg-id=4015> (consulté le 24 juin 2010)

¹⁶⁰ Par exemple, l'OVF écrit que le principe de précaution s'applique en matière de sécurité alimentaire, cf. OVF, *Magazine* 6/2002, p. 11, disponible sous <http://www.bvet.admin.ch/dokumentation/00327/01310/01557/index.html?lang=fr> (consulté le 25 juin 2010)

¹⁶¹ Loi sur la radioprotection du 22 mars 1991 (LRaP, RS 814.50)

¹⁶² Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 51, note 16), p. 10-14

¹⁶³ HUTTER, p. 96-99 et 199-200 ; également GRISEL, *Traité de droit administratif*, p. 94

¹⁶⁴ OFSP, fiche d'informations *Perturbateurs endocriniens* (cf. p. 13, note 26)

informative de l'Office fédéral de la santé publique à ce sujet¹⁶⁵, le Conseil fédéral n'envisageant pas de mesures limitatives pour l'instant.¹⁶⁶ De même, au sujet de l'importation en Suisse de viande d'animaux traités avec des hormones de croissance¹⁶⁷, l'Office vétérinaire fédéral se borne à constater que « la science n'a pu démontrer ni l'innocuité absolue ni les risques incontestables de l'usage d'hormones [pour l'engraissement d'animaux de rente] »¹⁶⁸, alors que l'Union européenne interdit de telles importations. Or il serait dans ces cas pour le moins nécessaire d'expliquer les choix des pouvoirs publics, afin de garantir leur transparence et de permettre l'évaluation de leur rationalité.¹⁶⁹ Des voix s'élèvent par ailleurs pour déplorer l'inactivité de l'État concernant des problèmes très préoccupants pour la santé, comme ceux posés précisément par les perturbateurs endocriniens¹⁷⁰, le recours trop large aux antibiotiques en médecine vétérinaire et en agriculture¹⁷¹, ou la protection insuffisante des travailleurs de l'industrie et de la recherche en nanotechnologie.¹⁷² Nous constatons que lorsque des mesures de précaution ne sont pas prévues par la législation, les autorités mettent parfois le principe de précaution en œuvre ou alors y renoncent sans motiver leur choix, ce qui n'est pas satisfaisant du point de vue de la sécurité du droit. C'est un premier constat. Nous nous attacherons, dans le chapitre suivant, à évaluer si l'énonciation du principe de précaution y apporte une solution satisfaisante.

¹⁶⁵ OFSP, factsheet *Nanotechnologies – chances et risques pour les consommateurs* (cf. p. 12, note 21)

¹⁶⁶ Conseil fédéral, *Plan d'action nanomatériaux synthétiques, Rapport du Conseil fédéral du 9 avril 2008*, p. 10, disponible sous <http://www.bag.admin.ch/themen/chemikalien/00228/00510/index.html?lang=fr> (consulté le 25 juin 2010)

¹⁶⁷ Cf. art. 11 de l'ordonnance du 27 août 2008 concernant l'importation et le transit de produits animaux par voie aérienne en provenance de pays tiers (RS 916.443.13)

¹⁶⁸ OVF, *Magazine 4/2001* (cf. p. 119, note 155), p. 24

¹⁶⁹ Cf. ch. 7, pt. 7.4.2

¹⁷⁰ Cf., par exemple, l'interview de Walter LICHTENSTEIGER parue dans le BUND du 27 juin 2008, p. 7

¹⁷¹ PILO, en particulier les pts. 5-6, 9, 25-26, 28, 35 et 41

¹⁷² Cf., par exemple, l'avis de Christoph MEILI paru dans LE TEMPS du 24 février 2006, p. 26

5.3.4. Relations entre le droit fédéral, le droit cantonal et le droit de l'Union européenne

Concernant les compétences relatives à la mise en œuvre du principe de précaution en matière de santé publique, le même schéma se dessine entre la Confédération et les cantons qu'entre l'Union européenne et ses États membres. Même si la protection de la santé est traditionnellement de la compétence des cantons, la Confédération a pour tâche de légiférer dans des matières où se pose la question de l'incertitude scientifique quant aux risques : agriculture (art. 104 Cst), protection des travailleurs (art. 110 al. 1 let. a Cst.) – objet d'une législation fédérale quasi exhaustive¹⁷³ – denrées alimentaires, produits thérapeutiques, organismes, produits chimiques, objets pouvant présenter un danger pour la santé, lutte contre les maladies transmissibles, très répandues ou particulièrement dangereuses pour les êtres humains et les animaux, protection contre les rayons ionisants (art. 118 al. 2 Cst.), médecine de la transplantation (art. 119a Cst.), génie génétique dans le domaine humain et non humain (art. 119 et art. 120 Cst.). Sauf en ce qui concerne la lutte contre les épidémies, la Confédération dispose dans ces domaines d'une « compétence globale dotée d'un effet dérogatoire subséquent »¹⁷⁴ : la législation fédérale peut régler la matière de façon exhaustive et impérative pour les cantons, ce qui a été fait en grande partie.¹⁷⁵ Nous n'avons d'ailleurs trouvé nulle mention du principe de précaution dans les législations cantonales relatives à la prévention et à la promotion de la santé ou à l'exécution du droit fédéral dans les domaines énumérés. Ainsi, comme la question de la précaution se pose dans des matières qui doivent être réglées au niveau fédéral, en raison de la nécessité d'y donner une réponse nationale (par ex. lutte contre certaines maladies) ou de ne pas limiter les échanges commerciaux, il ne semble pas admissible que les cantons suivent une démarche de précaution allant au delà du droit fédéral lorsque la Confédération a fait pleinement usage de ses compétences.

Concernant les relations entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne, il faut savoir qu'elles sont fortement influencées par des accords sectoriels, dit « bilatéraux », conclus afin de faciliter les échanges de marchandises. Il s'agit, par exemple, de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles¹⁷⁶, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, qui prévoit la possibilité de reconnaître la législation suisse et celle de l'Union européenne comme équivalentes. Par ailleurs, en l'absence d'accords sur l'accès réciproque au marché, la Suisse suit une stratégie d'harmonisation autonome¹⁷⁷ de ses normes avec le droit de l'Union européenne. Cela afin d'assurer la correspondance des exigences suisses à celles du marché intérieur européen, dans le but d'être admise sur la liste des pays tiers dont l'Union accepte les importations – ce qui implique un standard de sécurité équivalent à celui auquel doivent se conformer les États membres.¹⁷⁸ Il y a ainsi, pour

¹⁷³ AUBERT, MAHON, p. 849

¹⁷⁴ FF 1997 I 338-339

¹⁷⁵ POLEDNA, p. 1824

¹⁷⁶ RS 0.916.026.81

¹⁷⁷ Message du 25 juin 2008 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (FF 2008 35 6643), p. 6644 et 6652

¹⁷⁸ WEBER, KLEMM, BAUMGARTNER, GROLIMUND, TRÜTEN, p. 105

l'essentiel, compatibilité des prescriptions pour les denrées alimentaires ainsi que pour les médicaments et les produits chimiques¹⁷⁹, présupposant la reprise de la majeure partie de la législation topique de l'Union européenne. De même, la nouvelle loi sur la sécurité des produits vise à rapprocher le droit suisse de la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits.¹⁸⁰ On peut en conclure que, dans ces domaines, lorsque le principe de précaution a été concrétisé dans la législation de l'Union européenne, il a été implicitement repris dans la législation suisse considérée comme équivalente. En outre, le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas de doute, un texte légal harmonisé de façon autonome s'interprète conformément au droit de l'Union européenne.¹⁸¹ La jurisprudence de la Cour de justice a ainsi vraisemblablement eu une influence importante sur l'extension – implicite ou explicite – du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique par les juges suisses.

Malgré tout, des différences de niveau de protection subsistent : la Suisse autorise, par exemple, l'importation de viande d'animaux traités avec des hormones, contrairement à l'Union européenne, mais ne peut exporter cette viande dans les États membres.¹⁸² Inversement, la Suisse se prévalait jusqu'en 2006 d'un niveau de protection plus élevé en interdisant de façon générale l'usage d'antibiotiques comme facteur de croissance dans l'alimentation animale¹⁸³, alors que cette pratique avait encore cours dans certains pays de l'Union européenne. En outre, en l'absence d'accords bilatéraux, des produits tels que des médicaments mis sur le marché dans l'Union européenne sont susceptibles d'être interdits en Suisse. Si donc la Suisse reprend des mesures de précaution de l'Union européenne là où c'est indispensable pour l'« exportabilité » de sa marchandise, et même si elle doit parfois accepter sur son territoire des produits présentant un risque potentiel, les choix du niveau de protection de la santé publique ne sont pas toujours identiques.

¹⁷⁹ OFSP, *Rapport de la révision de la loi sur les denrées alimentaire du 1^{er} juillet 2009* (cf. p. 118, note 147), p. 2-3 ; Message du 25 juin 2008 concernant la loi sur la sécurité des produits (FF 2008 35 6771), p. 6788

¹⁸⁰ Message du 25 juin 2008 concernant la loi sur la sécurité des produits, p. 6772 et 6793

¹⁸¹ Cf. ch. 2, pt. 2.2.5 ; sur l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit suisse et sa justification, cf. PROBST, p. 22ss

¹⁸² Art. 11 de l'ordonnance du 27 août 2008 concernant l'importation et le transit de produits animaux par voie aérienne en provenance de pays tiers

¹⁸³ Art. 160 al. 8 LAgr

PARTIE III : L'ADÉQUATION DE L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION À LA PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

Dans cette troisième partie, nous allons tout d'abord constater que la protection de la santé publique requiert d'anticiper des mesures préventives en situation d'incertitude quant à l'existence du danger, l'étendue des dommages éventuels ou les relations de cause à effet en jeu. Nous nous appuierons ensuite sur les observations faites dans les deux premières parties pour élucider la problématique posée dans le titre de notre étude : est-il vraiment opportun d'étendre le champ d'application du principe de précaution au domaine de la santé publique ? Dans le chapitre suivant, nous nous demanderons en outre si le recours au principe de précaution en matière de santé publique est conciliable avec certains principes fondamentaux qui guident l'activité de l'État.

Chapitre 6. La nécessité de la précaution en matière de santé publique et la pertinence d'énoncer un principe juridique

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, qu'en droit de l'Union européenne, le champ d'application du principe de précaution englobe désormais la protection de la santé publique. Ce mouvement est perceptible en Suisse également, dans la loi sur le génie génétique, dans la loi sur l'agriculture, dans certains projets de loi et dans la jurisprudence, bien que celle-ci ne se soit pas, pour l'instant, résolue à reconnaître l'existence d'un principe qui s'appliquerait de façon générale à la protection de la santé humaine et animale. Notre ambition, dans ce chapitre, est tout d'abord de démontrer, en traçant l'histoire de trois affaires relativement récentes, qu'il est souhaitable d'attribuer aux autorités le devoir de prendre en compte les risques scientifiquement incertains pour la santé. Nous nous efforcerons ensuite d'expliquer pourquoi il est préférable d'énoncer un principe juridique plutôt que, d'une part, se contenter d'estimer que la précaution est inhérente aux devoirs de prévention, et, d'autre part, de vouloir prédéterminer toute démarche de précaution dans la loi. Nous nous interrogerons également sur l'auteur de l'énonciation du principe et sur sa nature juridique dans ce contexte. Dans la dernière partie du chapitre, l'étude de la jurisprudence suisse relative aux produits thérapeutiques nous permettra d'évaluer la pertinence tant du recours au principe de précaution concernant la mise sur le marché de médicaments, que celle de l'analogie retenue entre environnement et santé publique. Nous illustrerons en outre deux éléments où se joue l'effectivité du principe de précaution : la pluralité de l'expertise et l'accès à la justice.

6.1. Nécessité de la mise en œuvre du principe de précaution en matière de santé publique : enseignements du passé

Les nouveaux risques ne concernent pas toujours en premier lieu l'environnement : ils menacent parfois directement la santé publique, nous en avons énuméré quelques-uns lors de notre esquisse du contexte sociologique de l'émergence du principe de précaution.¹ D'ailleurs, certains exemples, analysés dans un rapport de l'Agence européenne pour l'environnement (*Späte Lehren aus frühen Warnungen, das Vorsorgeprinzip 1896-2000*), montrent que la méconnaissance d'indices de risques a eu, et aura des conséquences dramatiques. Chaque fois, des informations pertinentes étaient disponibles mais n'ont pas été portées à temps à la connaissance des « décideurs appropriés », ont été discréditées ou sciemment ignorées pendant un délai plus ou moins long, notamment suite à des évaluations économiques et politiques à court terme.² Parmi une liste pléthorique, où pourraient figurer les affaires du benzène (substance contenue notamment dans l'essence), du PCB (abréviation de polychlorobiphényles, substances chimiques synthétiques fortement nocives pour l'homme et l'environnement), de la thalidomide – tristement célèbre –, du DES (abréviation de diéthylstilbœstrol, un œstrogène synthétique administré pendant la grossesse qui s'est avéré cancérigène notamment pour les bébés filles et qui a provoqué des malformations génitales), du tabac, du sang contaminé, du plomb dans la peinture et dans l'essence, nous avons choisi d'évoquer celles, particulièrement actuelles, de l'amiante, de l'utilisation d'antibiotiques comme accélérateurs de croissance animale, et de la « vache folle ».

6.1.1. L'amiante

Les premiers signaux concernant les risques de l'amiante, fibre minérale (re)découverte dans la seconde moitié du 19^e siècle qui connu un essor considérable pour l'isolation notamment, furent émis dès la fin du siècle par des inspecteurs du travail. Dès le début des années 1900, des décès parfois en masse de mineurs ou d'employés de l'industrie de l'amiante furent attribués aux dangers du matériau, et des études scientifiques, des autopsies, puis des enquêtes dans les usines confirmèrent rapidement ces soupçons. Certaines compagnies d'assurances américaines et canadiennes refusaient même d'assurer les personnes travaillant avec de l'amiante, jusqu'à ce que l'industrie fasse valoir certains aménagements des conditions de travail censés diminuer le risque. Les premières mesures publiques visant à limiter l'exposition à la poussière d'amiante ne datent cependant, en Europe et aux États-Unis notamment, que du début des années trente, et ne furent ni suffisantes en soi, ni même appliquées.³ Certaines études parurent, dans les années trente à soixante, faisant le lien entre cancer du poumon, mésothéliome malin (cancer de la plèvre) et exposition à l'amiante, parfois de quelques mois seulement. Dès le milieu des années cinquante, la communauté médicale admettait un lien de causalité entre amiante et cancer ; mais le produit, bon marché et très répandu,

¹ Ch. 1, pt. 1.1.1

² AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 196

³ Pour la chronologie des mesures prises en Suisse, voir le document de la SUVA *Amiante : informations détaillées* (non daté), p. 5 et 8-9, disponible sur le site Internet de la SUVA sous http://www.suva.ch/fr/home/suvapro/branchenfachthemen/asbest_neu.htm (consulté le 11 juin 2010)

ne fut pas interdit à ce moment là, bien que des substituts aient été disponibles ou en cours de développement. Dès la fin des années soixante, des valeurs limite plus contraignantes de poussière d'amiante, toujours largement insuffisantes, furent rendues obligatoires. La dangerosité des différents types d'amiante faisait l'objet de controverses et, plusieurs fois, des prévisions quant à la maîtrise du risque sur les lieux de travail se révélèrent trop optimistes, erreurs dues en partie au temps de latence entre l'exposition et ses conséquences (généralement entre 10 et 40 ans) compliquant l'évaluation de l'efficacité des mesures prises. En outre, les expositions à faibles doses, principalement liées à l'amiante en place dans les bâtiments, n'ont pas été prises en compte avant le milieu des années 1970 et font encore l'objet de controverses, relatives notamment au seuil d'innocuité et aux différences entre types d'amiante. Le fait que les études plus anciennes ont négligé les personnes qui étaient exposées à l'amiante sans travailler dans la chaîne de production du matériau, et, bien sûr, l'importance économique du produit expliquent en partie la passivité des pouvoirs publics. Cette inertie a eu et aura des conséquences effarantes : selon les estimations actuelles, l'Union européenne connaîtra plusieurs centaines de milliers de décès dus à l'amiante ces prochaines décennies. L'OMS classa la substance comme cancérigène certain en 1977. L'amiante n'a été entièrement interdit dans l'Union européenne que vers la fin des années nonante⁴ et est encore utilisé dans certains pays du Sud où les législations de protection des travailleurs sont moins développées.⁵ En Suisse, il fut interdit en 1989, avec une période transitoire jusqu'à fin 1994 pour certains produits.⁶

6.1.2. Les antibiotiques comme promoteurs de croissance animale

Le potentiel des antibiotiques comme promoteurs de croissance des animaux de rente fut découvert à la fin des années 1940 et l'habitude de mélanger des doses sub-thérapeutiques de ces substances dans leur alimentation se répandit bientôt : les poules produisirent plus d'œufs, les vaches davantage de lait et les porcs eurent des portées plus nombreuses. De façon générale, les animaux grandirent plus vite, purent être sevrés plus précocement et se firent plus résistants à certaines maladies induites par l'élevage intensif. Les premiers avertissements concernant la formation de bactéries résistantes à la pénicilline furent émis dès le début de l'utilisation du médicament. Vers 1950, le problème des résistances aux antibiotiques était généralement connu des spécialistes.

⁴ Cf. notamment la directive 91/659/CEE de la Commission du 3 décembre 1991 portant adaptation au progrès technique de l'annexe I de la directive 76/769/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses (JO n° L 363 du 31 décembre 1991), ainsi que la directive 1999/77/CE de la Commission du 26 juillet 1999 portant sixième adaptation au progrès technique (amiante) de l'annexe I de la directive 76/769 du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses (JO n° L 207 du 6 août 1999)

⁵ Sur le tout, AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 59-70 ; HENRY, p. 15-18 ; également l'ouvrage de LENGLET ; sur l'amiante en Suisse, voir le site Internet http://www.forum-asbest.ch/fr/index_fa.htm (consulté le 25 juin 2010), ainsi que le site Internet de la SUVA http://www.suva.ch/fr/home/suvapro/branchenfachthemen/asbest_neu.htm (consulté le 25 juin 2010)

⁶ Ancienne annexe 3.3 de l'ordonnance du 9 juin 1986 sur les substances dangereuses pour l'environnement (RS 814.013) ; maintenant : annexe 1.6 ORRChim

Dans les années soixante, il fut établi que les gènes codant pour la résistance aux antibiotiques sont susceptibles de se transmettre au delà de la barrière des espèces. Les conséquences pour l'homme de l'utilisation d'antibiotiques en médecine vétérinaire ainsi que pour accroître la performance des animaux firent alors l'objet de recherches scientifiques qui conclurent, à la fin des années soixante, à un risque pour la santé publique et à la nécessité de prendre des mesures restrictives à l'égard de telles pratiques. En raison toutefois des incertitudes scientifiques relatives à la transmission des résistances bactériennes, des controverses qui s'ensuivirent, ainsi que de l'opposition de l'industrie pharmaceutique et des agriculteurs, l'Union européenne, tout comme la Suisse d'ailleurs, ne prit que tardivement des mesures préventives. Dans les années septante, certains antibiotiques furent même autorisés comme promoteurs de croissance malgré le fait qu'ils étaient toujours davantage utilisés en médecine humaine. À l'heure actuelle, l'adjonction de doses sub-thérapeutiques d'antibiotiques dans l'alimentation animale est très diversement réglementée : les États-Unis, par exemple, tolèrent cette pratique ; la Suède l'interdit entièrement depuis 1986, tout comme la Suisse⁷ depuis 1999, et l'Union européenne depuis 2006.⁸ Le nombre de germes résistant aux antibiotiques s'accroît en effet rapidement et est actuellement considéré comme une menace importante pour la santé humaine et animale.⁹ En outre, les indices d'un lien entre utilisation d'antibiotiques comme promoteurs de croissance animale et formation de résistances bactériennes chez l'homme s'accumulent.¹⁰

6.1.3. La crise de la « vache folle »

L'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), communément appelée « maladie de la vache folle », est une maladie neurologique dégénérative des bovins dont l'issue est fatale et qui est précédée d'une période d'incubation, souvent de 5 à 6 ans, durant laquelle les sujets contaminés ne présentent aucun signe clinique évocateur. Il y a eu une épizootie d'ESB en Europe entre 1987 et le début des années 2000, période durant laquelle près de 200'000 bovins ont été touchés – chiffre ne tenant compte que des cas confirmés et qui serait bien plus élevé. Le nombre de victimes humaines s'élève, en France et en Grande-Bretagne, à quelques 200 personnes atteintes d'une variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob (vMCJ), due à la consommation de viande contaminée par le prion agent de l'ESB.¹¹ Certains auteurs sont d'avis que des mesures préventives plus

⁷ Art. 160 al. 8 LAgr

⁸ Règlement (CE) 1831/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 relatif aux additifs destinés à l'alimentation animale (JO n° L 268 du 18 octobre 2003)

⁹ OMS, *Rapport sur la santé dans le monde 2007* (cf. p. 4, note 2), p. 22-24

¹⁰ Sur le tout, AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 106-114 ; HÄNNI, HARBATH, SPRUMONT, p. 9-18 et 21-28 ; ARNOLD, GASSNER, GIGER, ZWAHLEN, p. 323-324 ; PERRETEN, SCHWARZ, CRESTA, BÖGLIN, DASEN, TEUBER, p. 801-802 ; cf. également le rapport final (mars 2007) du programme national de recherche sur la résistance aux antibiotiques (PNR 49), disponible sous http://www.snf.ch/F/rechercheorientee/pnr/acheves/Pages/_xc_nfp49.aspx (consulté le 1^{er} octobre 2010)

¹¹ Cf. communiqué de presse de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale français (INSERM) du 31 mars 2009, *Variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, quinze ans après*, disponible sous <http://www.inserm.fr/layout/set/print/thematiques/microbiologie-et-maladies-infectieuses/dossiers-d-information/maladies-a-prions-encephalopathies-subaigues-spongiformes-transmissibles> (consulté le 1^{er} octobre 2010)

précoces auraient pu pour le moins réduire l'ampleur de la crise.¹² Si les sous-produits d'abattoirs sont utilisés pour nourrir les animaux d'élevage depuis le début du 20^e siècle ou même avant, la pratique s'est généralisée dans les années 1960-1970 pour répondre aux besoins d'animaux nécessitant une alimentation plus riche en protéines suite à des sélections génétiques visant à accroître leur productivité. Les risques de transmission d'agents pathogènes que comporte l'affouragement avec des farines animales sont connus depuis longtemps. Pour cette raison, les États-Unis ont considéré, dès les années septante, les moutons et chèvres infectés par, ou ayant été en contact avec la tremblante (scrapie, une encéphalopathie spongiforme transmissible) comme impropres à la consommation humaine et animale ; l'hypothèse de la propagation de ce type de pathologie entre différentes espèces avait été formulée.

Les premiers cas d'ESB furent constatés en 1985 en Grande-Bretagne. En raison de leur similitude avec la tremblante, leur origine fut attribuée à l'affouragement des ruminants avec des protéines de moutons ou de chèvres atteints par cette maladie, hypothèse largement réfutée à l'heure actuelle. Un danger pour l'homme fut rapidement envisagé puis considéré comme minime. Alors que l'épizootie s'étendait en Grande-Bretagne (446 cas à la fin de 1987, 2'514 en 1988, plus de 37'000 en 1992), la crainte des conséquences économiques retarda la prise de mesures appropriées. Les autorités britanniques renoncèrent même, dans un premier temps, à informer la population de la situation et à rendre la déclaration des cas de maladie obligatoire, afin de ne pas éveiller d'aversion chez les consommateurs. Les ruminants atteints d'ESB furent ainsi considérés propres à la consommation humaine jusqu'en 1988. Cette même année, l'ampleur du risque potentiel pour les personnes fut réévaluée et l'information au sujet de l'épizootie diffusée. Les mesures prises se révélèrent cependant insuffisantes : si l'on écarta finalement tout de même la viande bovine contaminée de la chaîne alimentaire humaine et les protéines de ruminants de l'alimentation de ceux-ci, celle des porcs et de la volaille resta inchangée – alors que des mélanges involontaires d'aliments destinés à différentes espèces ont par la suite provoqué des contaminations croisées. De plus, l'exportation de farines de ruminants ne fut pas interdite et l'abattage systématique de toute la cohorte pas non plus imposé, ce qui aurait été indiqué malgré le caractère non contagieux de la maladie par l'hypothèse d'une commune exposition au risque. Suivit, dès 1989, l'exclusion générale de la chaîne alimentaire humaine et animale de matériel bovin à risque (cervelle notamment), mesure en partie seulement mise en œuvre par les abattoirs et qui se révéla également trop timorée en raison de la localisation de l'agent pathogène dans d'autres organes. En 1990, des chats furent atteints, vraisemblablement contaminés par des aliments pour animaux. Il fut alors établi que le prion peut franchir la barrière des espèces : le risque pour l'homme ne pouvait plus être exclu. Le contraire fut cependant communiqué avec une mauvaise foi assumée par les autorités britanniques, qui s'enfermèrent dans une politique de déni. Depuis 1996, il est généralement admis que la consommation de denrées alimentaires contenant l'agent de l'ESB est l'origine la plus probable de la vMCJ, maladie incurable et mortelle,

¹² Cf. HERMITTE, DORMONT, p. 350-358 ; également AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 191

diagnostiquée en 1995 pour la première fois en Grande-Bretagne chez de jeunes patients.¹³

L'épizootie se développa en Europe au cours des années 1990. Si l'Union européenne prit toute une série de mesures dès 1989, dont l'interdiction d'exporter des bovins et certains de leurs organes du Royaume-Uni, elle n'interdit l'affouragement des ruminants avec des farines de mammifères qu'en 1994, ce qui n'a pas empêché les contaminations croisées. En 1996 seulement, elle interdit au Royaume-Uni d'exporter sa viande bovine et les produits en découlant.¹⁴ La légalité de cet embargo a été confirmée, nous l'avons évoqué, par la Cour de justice de l'Union européenne sur la base du principe de précaution : l'étendue des connaissances scientifiques relatives à l'épizootie et ses conséquences pour l'homme était alors encore limitée.¹⁵ En Suisse, on n'octroyait plus d'autorisations pour l'importation de farines animales d'origine britannique depuis 1988. Le premier cas d'ESB fut diagnostiqué en 1990 et les premières mesures officielles entrèrent en vigueur la même année, en particulier l'interdiction d'importer des ruminants britanniques et des produits issus de ces animaux, l'exclusion de certains organes bovins de la chaîne alimentaire humaine, l'interdiction d'affourager les ruminants avec des farines d'origine animale et l'élimination des animaux suspects. C'est entre autres cet attentisme qui a été reproché à la Confédération dans une action en responsabilité de 2'206 agriculteurs suisses touchés par la chute du prix de la viande lors de la crise de la « vache folle ».¹⁶ Par la suite, toute une série de mesures furent adoptées, au fil de l'évolution des connaissances, concernant notamment la gestion des déchets, l'extension des abattages en cas de contamination d'un animal, l'exclusion de la chaîne alimentaire de matériel à risque et le dépistage de l'épizootie. En 2001, l'utilisation de farines d'origine animale pour nourrir les animaux d'élevage fut interdite (sauf quelques exceptions concernant la farine de poisson)¹⁷, comme dans l'ensemble de l'Union européenne¹⁸, mesure qui n'est d'ailleurs pas anodine d'un point de vue environnemental.¹⁹ Bien que la Suisse ait eu une prévalence relativement élevée d'ESB, aucun cas de vMCJ n'a été signalé à ce jour et le nombre d'animaux atteints d'ESB a maintenant très fortement reculé (68 en 1995, aucun depuis 2007), comme dans le reste du monde.²⁰ Il est ainsi question de

¹³ Sur le tout, AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 181-194 ; HERMITTE, DORMONT, p. 341-361 ; FISCHLER, p. 45-56

¹⁴ Sur le déroulement de la crise dans l'ensemble de la Communauté européenne et les mesures communautaires adoptées, cf. l'arrêt du TPICE du 13 décembre 2006, *É.R. e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03, pts. 4-15 et 119-131 ; également PERLER, p. 55-57

¹⁵ Cf. ch. 5, pt. 5.2.2.A

¹⁶ ATF 132 II 305 ; cf. ch. 8, pt. 8.2.2.C

¹⁷ Art. 40 al. 1 de l'ordonnance sur les épizooties (RS 916.401)

¹⁸ Règlement (CE) 999/2001 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles (JO n° L 147 du 31 mai 2001)

¹⁹ Sur le déroulement de la crise en Suisse, PERLER, GUIDON, SCHMIDT, p. 692ss ; PERLER p. 56 et 58 ; également les faits présentés dans l'ATF 132 II 305

²⁰ Cf. site Internet de l'Organisation Mondiale de la Santé Animale (OIE) http://www.oie.int/fr/info/fr_esbincidence.htm (consulté le 25 juin 2010), ainsi que celui de l'Office vétérinaire fédéral

réintroduire les farines animales dans l'alimentation des bovins, tant en Suisse que dans l'Union européenne.²¹

6.1.4. Que nous montrent ces trois affaires ?

C'est à la faveur de la crise de la « vache folle » que le principe de précaution s'émancipa du droit de l'environnement pour être invoqué, dans la jurisprudence de l'Union européenne tout d'abord, en matière de santé publique. Si les autorités n'ont peut-être pas fait suffisamment preuve de précaution dans la gestion de cette crise, elles ont souvent agi en l'absence de certitude scientifique, sur la base d'hypothèses – certes fort plausibles – qui se sont pour la plupart révélées fondées par la suite, comme celles de la transmission de l'agent pathogène par le fourrage et du risque pour l'homme de la consommation de certains organes bovins. Elles ont en outre agi beaucoup plus rapidement que dans les autres affaires que nous avons évoquées, permettant d'éviter une catastrophe à plus grande échelle. Cela montre bien l'importance cruciale de prendre des mesures de protection de la santé publique dès le moment où l'on soupçonne un risque significatif, ce qui demande manifestement un certain courage politique : les mesures prises dans les affaires mentionnées ont généralement été tardives, étaient souvent insuffisantes et n'ont parfois pas été appliquées de manière conséquente. Par ailleurs, certains experts de l'Agence européenne de protection de l'environnement et de l'UNESCO soulignent, tirant des leçons du passé, qu'il faut investir davantage dans la surveillance et la recherche dès le moment où des indices de risque apparaissent.²²

6.2. Les fondements juridiques de la précaution en matière de santé publique

S'il est nécessaire, afin que la santé publique soit adéquatement protégée, de prendre en compte les risques scientifiquement incertains, quel doit être l'ancrage juridique de la précaution ? Nous allons, pour y répondre, évoquer tout d'abord pourquoi il est opportun d'énoncer le principe de précaution pour interpréter les devoirs de prévention topiques, plutôt que d'y recourir de façon implicite. Nous examinerons également l'option de prévoir toute démarche de précaution dans les textes législatifs, de façon spécifique à chaque risque incertain. Se poseront ensuite la question de l'auteur de l'extension du champ d'application du principe de précaution et celle de la nature juridique du principe dans ce contexte.

http://www.bvet.admin.ch/gesundheit_tiere/01065/01083/01091/01093/index.html?lang=fr (consulté le 25 juin 2010)

²¹ LE TEMPS du 5 mai 2008, p. 35

²² AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 196-214, en particulier les p. 200 et 202 ; UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. p. 53, note 37), p. 36

6.2.1. Recours implicite ou explicite au principe de précaution ?

Le Tribunal fédéral a rattaché des démarches de précaution au devoir de prévenir des risques pour la santé, sans mentionner le principe de précaution.²³ La loi est pourtant souvent obscure quant à la prise en compte des risques scientifiquement incertains. En matière de produits thérapeutiques, par exemple, elle se borne à prévoir que les produits mis sur le marché doivent être sûrs, et que les mesures destinées à garantir la protection de la santé doivent être conformes à l'état de la science et de la technique.²⁴ En outre, la portée du « droit de police », qui vise la protection étatique de l'individu et de la collectivité contre les dangers qui menacent l'ordre public (*öffentliche Sicherheit und Ordnung*)²⁵, peut être sujette à controverses.

Dans la terminologie du droit de police, on distingue danger concret et abstrait, tous deux vraisemblables. Le premier qualifie une situation qui mène avec une vraisemblance suffisante, si des mesures ne sont pas prises, à un dommage pour un bien de police. Quant au second, il existe lorsque, selon l'expérience générale de la vie, des situations semblables impliquent le plus souvent un danger concret. L'élément qui distingue ces deux notions est l'effectivité de la manifestation du danger : en cas de danger abstrait, le danger est réel mais seulement potentiel.²⁶ La nature vraisemblable du danger légitime dès lors une intervention de police. Notons que la vraisemblance requise varie selon l'importance de l'intérêt menacé et l'ampleur de l'atteinte hypothétique, et qu'un devoir étatique d'agir existe même si la connaissance du risque est lacunaire.²⁷ Certains auteurs émettent cependant l'avis que le pronostic du dommage doit reposer sur l'expérience générale de la vie ou sur des connaissances scientifiques claires, ce qui exclut en principe la prévention des effets à long terme d'une activité.²⁸

Or, si le principe de précaution n'est généralement mis en œuvre qu'en présence d'indices scientifiquement défendables, ceux-ci peuvent être peu consistants ou contradictoires.²⁹ Il suffit que le risque soit relativement vraisemblable, plausible selon l'expérience générale.³⁰ En outre, les effets potentiels à long terme doivent être en compte.³¹ Enfin, l'absence de données à propos d'une nouvelle activité peut justifier des mesures de précaution (suivi scientifique, par exemple).³² Le principe de précaution suppose dès lors une intervention étatique élargie³³ ; il constitue même un changement

²³ Cf. ch. 5, pt. 5.3.1

²⁴ Art. 1 et 3 LPTh, cf. ch. 5, pt. 5.3.1.B

²⁵ REINHARD VON SUMISWALD, p. 61 ; TSCHANNEN, ZIMMERLI, MÜLLER, p. 487

²⁶ KNAPP, *De l'administration de police*, p. 734 ; SCHWEIZER, SUTTER, WIDMER, p. 83 ; REINHARD VON SUMISWALD, p. 110-111

²⁷ Sur le tout, SCHWEIZER, SUTTER, WIDMER, p. 83 ; SEILER, *Recht und technische Risiken*, p. 45 et 154 ; REINHARD VON SUMISWALD, p. 105 et 108 ; RUCH, p. 23 ; GYGI, *Verwaltungsrecht*, p. 173 ; cf. notamment l'ATF 111 Ia 322, cons. 6a

²⁸ REINHARD VON SUMISWALD, p. 107-108 ; ERRASS, *Öffentliches Recht der Gentechnologie*, p. 72-73

²⁹ Cf. ch. 8, pts. 8.1.2 et 8.3.1.B

³⁰ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 61 ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 33

³¹ Cf. ch. 3, pts. 3.1.2

³² Cf. ch. 2, pt. 2.1.3

³³ Cf. ATF 113 Ib 60, cons. 3b

de paradigme juridique³⁴, nous l'avons évoqué.³⁵ Il implique, outre la considération des effets potentiels à long terme, en particulier une modification des modalités de l'expertise et du rôle des particuliers dans les choix en matière de risques. Nous l'illustrerons lorsque nous analyserons la jurisprudence relative à la mise sur le marché de produits thérapeutiques.

L'énonciation du principe de précaution présente l'avantage de clarifier la portée et les modalités des devoirs de prévention des risques. La protection de la santé publique se voit alors mieux garantie, parce que les pouvoirs publics ne peuvent plus se soustraire à la prise en compte des risques scientifiquement incertains. Ils ne peuvent pas non plus éluder le biais en faveur de la protection de la santé par rapport aux intérêts économiques, tout en conservant une marge de manœuvre importante dans la gestion des risques.³⁶

6.2.2. Prédétermination de toute démarche de précaution dans la législation ou recours à un principe juridique ?

Des démarches de précaution spécifiques à des risques particuliers sont ponctuellement prévues dans la législation relative à la protection de la santé, par exemple l'interdiction d'utiliser des antibiotiques (art. 180 al. 6 LAgri) ainsi que certaines hormones (annexe 4 let. a et b OMédV) comme promoteurs de croissance animale. Lorsque de telles mesures figurent dans une loi, elles présentent l'avantage évident d'être légitimées démocratiquement : n'appartient-il pas en premier lieu au législateur de décider si un risque est acceptable ou non ?³⁷ Mentionnées dans une ordonnance de l'exécutif, elles sont au moins prévisibles pour les particuliers. Il faut alors admettre que les dispositions constitutionnelles octroyant aux autorités fédérales le mandat de légiférer pour protéger la santé publique ou la sécurité de la population peuvent « servir de creuset » à la précaution³⁸ ; rien ne s'y oppose, selon nous, puisqu'elles sont formulées de façon suffisamment vague.³⁹

Si l'on dispose de temps pour suivre la procédure parlementaire et si le choix en matière de risque consiste en une interdiction absolue, la loi est certainement la meilleure assise d'une démarche de précaution particulière dans l'ordre juridique. D'emblée apparaissent cependant les limites de l'exercice : « Das Gesetz sollte Grundlage für Entscheidungen über Sicherheit und Freiheit sein. Das Gesetz kann das [...] nicht leisten ».⁴⁰ Tout d'abord, si l'état des connaissances évolue rapidement, il semblera plus opportun de prévoir une mesure de précaution dans une ordonnance, aisément modifiable, voire de laisser une marge de manœuvre à l'administration. De même, lorsqu'il s'agit de concrétiser dans le détail le principe de précaution, par exemple en

³⁴ SEILER, *Commentaire ad art. 29a LPE*, pt. 76 ; SEILER, *Recht und technische Risiken*, p. 247

³⁵ Cf. ch. 3, pt. 3.1.1

³⁶ Cf. ch. 7, pts. 7.2.2 et 7.3.2

³⁷ RUCH, p. 45

³⁸ Cf. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution*, p. 549 ; cf. également, pour le droit français, BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution : nouveau principe fondamental*, p. 459

³⁹ *Contra* : ERRASS, *Öffentliches Recht der Gentechnologie*, p. 102

⁴⁰ RUCH, p. 45

édicte des listes de substances dont la mise sur le marché est interdite, les dispositions en question pourront être trop complexes, trop techniques ou trop détaillées pour être élaborées par le Parlement.⁴¹ Il se peut enfin que l'interdiction d'un certain type d'activité paraisse inadéquate, soit que l'on ne veuille pas renoncer aux bénéfices d'une technologie prometteuse, soit que la diversité des circonstances ne permette pas une solution unique. Une intervention étatique plus finement modulée sera alors indiquée, et les choix en matière de risque délégués à l'exécutif par le biais de normes indéterminées, lui permettant d'adapter les mesures à chaque situation particulière suite à une balance des intérêts en présence.⁴²

Une telle délégation est prévue à l'article 148a de la loi sur l'agriculture, selon lequel des mesures concernant un moyen de production ou un matériel végétal susceptible d'être porteur d'organismes nuisibles particulièrement dangereux peuvent être adoptées par l'autorité en cas de risque grave même scientifiquement incertain. Il s'agit, par exemple, de statuer sur la mise sur le marché d'un produit pesticide ou d'un aliment pour animaux. Un tel examen implique non seulement une évaluation des risques particulière à chaque produit – donc une expertise pointue sans cesse renouvelée –, mais aussi la détermination au cas par cas du niveau de protection recherché, la prise en compte de multiples intérêts (protection de la santé, protection de l'environnement, intérêts des professionnels de la branche, notamment), de la situation internationale, et, le cas échéant, des résultats de délibérations publiques ou politiques concernant le risque en question.⁴³ Un autre exemple de délégation à l'administration de la gestion des risques se trouve dans l'ordonnance sur les produits biocides.⁴⁴ Cette ordonnance mentionne, à son annexe 1, les modalités de l'évaluation des risques et, pour certaines substances, prévoit que les organes compétents « évaluent les risques et veillent ensuite à ce que des mesures appropriées soient prises ou des conditions spécifiques imposées en vue d'atténuer les risques mis en évidence. L'autorisation du produit ne peut être accordée que lorsque la demande apporte la preuve que les risques peuvent être ramenés à un niveau acceptable ». De même, la réglementation de l'utilisation et de la mise en circulation d'organismes génétiquement modifiés n'est pas aussi précise qu'il paraît. Si la loi sur le génie génétique prévoit toute une série d'interdictions, par exemple lorsque les OGM contiennent des gènes introduits par génie génétique induisant une résistance aux antibiotiques (cf. art. 6 al. 2 let. c et al. 3 LGG), les décisions d'autorisation relatives à de tels organismes sont prises suite à une pondération des intérêts en présence, où l'on considère notamment l'utilité pour la société d'un projet de mise sur le marché.⁴⁵ La loi contient par contre des dispositions précises concernant des mesures qui accompagnent le choix en matière de risque, ainsi que des garanties procédurales.

⁴¹ Cf. par exemple l'annexe 4 let. a et b OMédV et l'annexe 1.10 ORRChim

⁴² Sur le tout, cf. Georg MÜLLER, p. 136-139 ; HÄFELIN, MÜLLER, UHLMANN, p. 84 et 91 ; MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 5, 188-189, 341 et 371-372 ; ATF 128 I 327, cons. 4.2 ; 125 I 361, cons. 4 ; 123 I 1, cons. 4b ; 109 Ia 273, cons. 4d ; 103 Ia 369, cons. 6f ; également ch. 3, pt. 3.2.1 et ch. 7, pt. 7.1.1

⁴³ Cf. Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole, p. 4511-4512

⁴⁴ Ordonnance du 18 mai 2005 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides (OPBio, RS 813.12)

⁴⁵ Cf. Message du 1^{er} mars 2000 relatif à une modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement, p. 2297-2298

Elle prévoit notamment l'information sur les risques (art. 15 et 18 LGG), la désignation (art. 17 LGG), l'encouragement de la recherche, du débat public et de la formation (art. 26 LGG), ainsi que le droit de recours des organisations (art. 28 LGG). Elle règle en outre le régime de la responsabilité civile et pénale (art. 30ss LGG). Un tel dispositif est généralisable à la gestion de nombreux risques scientifiquement incertains ; le prévoir dans une loi paraît indiqué, afin de garantir une mise en œuvre effective du principe de précaution. Nous y reviendrons.⁴⁶

On constate que si l'on admettait que toute mesure de précaution en matière de santé publique doive être fondée sur une base légale (dans une loi ou une ordonnance) spécifique à un risque déterminé, voire prévoyant une action particulière, on aboutirait à une surenchère législative. Cela en raison du caractère souvent complexe et évolutif de l'incertitude scientifique, ainsi que de la diversité et de l'imprévisibilité des risques. Il s'ensuivrait également une insuffisance de précaution, due à la lourdeur du processus législatif ainsi qu'à la possibilité, pour les lobbies bien représentés au Parlement ou auprès de l'administration, ceux de l'industrie notamment, de freiner ou d'empêcher des mesures pourtant nécessaires à la protection de la santé. En outre, une certaine incohérence de l'intervention étatique serait à redouter, trop figée pour appréhender de façon adéquate les problèmes requérant la prise en compte de l'ensemble des circonstances ainsi que l'adaptation à l'évolution du savoir.⁴⁷ On peut illustrer l'impératif d'octroyer une marge de manœuvre importante aux pouvoirs publics dans la gestion des risques scientifiquement incertains par une affaire portée devant le Tribunal fédéral concernant la mention, dans l'information sur un médicament, d'un risque (scientifiquement incertain) de transmission de prions agents de l'ESB.⁴⁸ Cette obligation assignée à l'entreprise détentrice de l'autorisation de mise sur le marché, prise à la faveur de rapides développements des connaissances, a été jugée conforme au droit par les juges, même si la législation applicable ne prévoit rien concernant ce type de risques. Si l'on avait exigé que la mesure repose sur un fondement précis, il est probable que l'action étatique aurait été dépassée avant même qu'une disposition correspondante ne soit entrée en vigueur, ou que l'on serait tombé dans l'excès ou l'insuffisance de précaution.

Nous en concluons que l'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé, de façon générale ou spécifique à un domaine particulier, permet aux autorités de mieux adapter leur intervention aux exigences changeantes de la gestion des risques. Cela n'exclut pas que le législateur prévoie une norme précise concernant un risque déterminé, lorsque la situation s'y prête et qu'il dispose des moyens pour y parvenir. Par ailleurs, le recours à un principe juridique augmente la stabilité des normes et la « prévisibilité raisonnable » des actes des pouvoirs publics, donc la sécurité du droit.⁴⁹ Une législation peu détaillée demeure plus stable dans un contexte mouvant, l'action étatique, guidée par un même principe, devient plus

⁴⁶ Ch. 8

⁴⁷ Ch. 3, pt. 3.2.1

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 2.A.278/2005 du 29 novembre 2005, cons. 3.2

⁴⁹ MODERNE, *Actualité des principes généraux*, p. 516

cohérente et compréhensible – donc mieux prévisible⁵⁰ –, et les dispositions à contenu flou gagnent en sens. Le droit se verrait incité en particulier à se développer de façon plus harmonieuse : les normes relatives à la responsabilité étatique, civile et pénale, par exemple, pourraient être repensées de concert et aménagées en conséquence.

L'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique semble ainsi relever d'une nécessaire adaptation des normes aux réalités contemporaines. Cette opinion correspond du reste à une tendance actuelle du législateur⁵¹, et est partagée par les autorités fédérales concernées, estimant que le principe de précaution est « inhérent » aux tâches étatiques de protection de la santé.⁵² Cependant, l'énonciation du principe de précaution, par le législateur ou par le juge, ne suffit pas : il faut de surcroît que la loi en assure l'effectivité. Les moyens évoqués à cet égard visent à permettre le débat public et une démocratisation des choix en matière de risque, à garantir la pluralité de l'expertise et le contrôle de l'absence de mise en œuvre du principe précaution, ainsi qu'à rendre possible l'imputation de responsabilités en son nom. Nous y reviendrons au chapitre 8.

6.2.3. L'énonciation du principe de précaution par le législateur et par le juge

Si l'on énonce le principe de précaution en matière de santé publique, soit on le mentionne dans une loi, comme en matière de génie génétique, soit le juge étend explicitement son champ d'application, de façon générale à toute la protection de la santé publique ou de façon sectorielle, comme l'a fait le Tribunal fédéral.⁵³

L'énonciation du principe de précaution par le législateur comporte plusieurs avantages : tout d'abord, un débat public peut être engagé et une légitimation démocratique apportée aux démarches de précaution. Ensuite, les implications du principe peuvent être clarifiées dans la loi : les acteurs à qui il s'adresse – surtout si ce sont des particuliers – ainsi que des éléments de concrétisation que nous détaillerons au chapitre 8. L'extension du champ d'application du principe de précaution par le législateur n'est toutefois que sectorielle, puisqu'il n'y a pas une, mais une multitude de législations relatives à la protection de la santé. En outre, un long cheminement semé d'embûches prélude à toute modification législative, de sorte qu'il paraît souhaitable que le juge étende le champ d'application du principe de précaution avant même son introduction dans la loi, et cela de façon générale afin de clarifier la portée et les modalités des devoirs de prévention des risques.

La question se pose tout de même de savoir s'il appartient vraiment au juge de le faire, puisqu'il n'a pas la possibilité, comme le législateur, d'évaluer en profondeur les conséquences normatives de sa décision.⁵⁴ D'autant plus que la Constitution ne spécifie rien quant à la précaution et que la mise en œuvre du principe implique une intervention

⁵⁰ Cf. ch. 2, pt. 2.2.3

⁵¹ Cf. ch. 5, pt. 5.3.2

⁵² Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 51, note 16), p. 10-14

⁵³ Cf. ch. 5, pt. 5.3

⁵⁴ Cf. WALTER, p. 10

étatique élargie, voire des atteintes aux libertés individuelles, en premier lieu à la liberté économique.⁵⁵ On peut y opposer le fait que l'extension du champ d'application du principe de précaution n'aurait rien de révolutionnaire : outre l'exemple de la jurisprudence de l'Union européenne, le juge peut trouver dans les récents développements législatifs et jurisprudentiels suisses, ainsi que dans la pratique des autorités fédérales, matière à justifier l'« extraction » du principe du droit positif. Ainsi, d'une part, le choix d'intervenir pour prévenir la réalisation de risques scientifiquement incertains menaçant la santé a déjà été fait par le Parlement dans certains domaines, et par les autorités administratives dans d'autres. À l'heure actuelle, la plupart des législations concernées sont pour le moins réputées contenir implicitement, ou mentionnent parfois même explicitement le principe de précaution (organismes génétiquement modifiés, moyens de production dans l'agriculture, produits thérapeutiques, denrées alimentaires et additifs, lutte contre les épidémies et les épizooties, produits chimiques, objets usuels, protection contre les radiations).⁵⁶ D'autre part, la mise en œuvre du principe de précaution en matière de santé publique est conforme à l'édifice des valeurs présentes dans l'ordre juridique, particulièrement dans les législations en question. L'extension de son champ d'application est en outre suffisamment vague pour laisser au pouvoir politique, administratif, et au pouvoir judiciaire lui-même une liberté de mouvement considérable dans la gestion des risques, de sorte qu'une telle création jurisprudentielle ne devrait pas trouver d'obstacle pratique. Cela pour autant que le juge ne lie pas de conditions restrictives à sa mise en œuvre, comme celles, inadéquates, de l'existence d'indices de risques ou de la gravité des dommages potentiels.⁵⁷ Nous en concluons que l'introduction du principe de précaution dans la législation relative à la protection de la santé et l'extension de son champ d'application, par le juge, à la protection de la santé publique sont deux démarches qui se complètent et qui sont l'une et l'autre souhaitables.

6.2.4. La nature juridique du principe de précaution en matière de santé publique

Lorsqu'il est invoqué en matière de santé publique, le principe de précaution l'est en tant que principe juridique, parce qu'il a alors, comme en matière de protection de l'environnement, un effet obligatoire – nonobstant une formulation éventuellement équivoque. Ainsi s'impose-t-il en tant que tel avec une autorité supérieure, indiquant une direction à suivre dans l'élaboration et l'interprétation des textes législatifs.⁵⁸ S'il figure dans une loi relative à la protection de la santé, il s'agit d'un principe directeur, qui résulte d'un choix explicite du législateur et qui vise à guider l'interprète du droit ; rappelons que les fonctions des principes directeurs et des principes généraux ne se distinguent pas substantiellement.⁵⁹ Par ailleurs, les éléments mentionnés lors de l'examen du rattachement du principe de précaution à l'article 74 alinéa 2 Cst.⁶⁰ semblent pertinents également concernant son lien aux dispositions constitutionnelles

⁵⁵ Sur la légalité de mesures de précaution restreignant des libertés, cf. ch. 7, pt. 7.1

⁵⁶ Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 51, note 16), p. 9-14 ; cf. également ch. 5, pt. 5.3

⁵⁷ Sur l'inadéquation de ces deux conditions, cf. ch. 8, pts. 8.3.1.B et C

⁵⁸ Ch. 5, pts. 5.3.1 et 5.3.2 ; sur l'effet normatif des principes, cf. ch. 2, pt. 2.2.2

⁵⁹ Cf. ch. 2, pt. 2.2.1

⁶⁰ Cf. ch. 4, pt. 4.3.2.A

relatives à la protection de la santé (art. 104 al. 1 let. a, art. 110 al. 1 let. a, art. 118 al. 1 et art. 119a al. 1 Cst.). Le principe de précaution touche en effet aux fondements de l'État, dans la mesure où la protection de la santé requiert la prise en compte de risques scientifiquement incertains. En outre, il est une condition indispensable à la mise en œuvre d'autres droits et libertés, lorsqu'il faut être en bonne santé pour les exercer. Nous pensons, par exemple, au droit à la famille et aux problèmes d'infertilité que connaissent un nombre croissant de couples, dont l'origine mal connue est peut-être liée aux perturbateurs endocriniens. On peut ainsi qualifier l'intérêt à la mise en œuvre du principe de précaution en matière de santé publique de primordial, et le principe de précaution de norme résultant de l'interprétation de l'ensemble de la Constitution. Dès lors, rien ne s'oppose, selon nous, à ce qu'à l'instar de sa valeur en droit de l'environnement, un rang constitutionnel soit attribué au principe de précaution en matière de santé publique ; sa légitimité s'en trouverait renforcée.

Concernant la question du caractère directement applicable ou non du principe de précaution en matière de santé publique, la problématique se pose en des termes spécifiques. Nous n'avons pas exclu qu'en droit de l'environnement, les pouvoirs publics puissent appliquer le principe de précaution directement, à défaut de normes qui le concrétisent, sans quoi l'ensemble des situations de risque susceptibles de se présenter ne pourraient être adéquatement appréhendées.⁶¹ Or, en matière de santé publique, nombreuses sont les législations qui imposent sans ambiguïté aux particuliers le devoir de ne pas mettre la santé de tiers en danger, comme dans la loi sur les produits thérapeutiques ou dans celle, transversale, sur la sécurité des produits.⁶² Elles précisent en outre les moyens à mettre en œuvre (régime d'autorisation, par exemple), ainsi que les sanctions.⁶³ Des mesures de précaution à l'encontre d'administrés peuvent dès lors se fonder sur de telles dispositions, interprétées à la lumière du principe de précaution, et il ne sera pas question de caractère directement applicable.⁶⁴

Quant à la justiciabilité du principe de précaution, c'est-à-dire sa capacité à créer des droits en faveur des particuliers et à être directement invocable en justice par ceux-ci, nous renvoyons aux réflexions faites à ce propos lors de l'examen de la nature juridique du principe en droit de l'environnement⁶⁵, pour conclure qu'il ne serait sans doute pas considéré comme justiciable dans le cadre d'un recours pour inactivité de l'État, en raison de son imprécision. Le non-respect du principe de précaution peut néanmoins être sanctionné en justice lors de l'évaluation de l'interprétation du droit existant, pour autant que son champ d'application soit étendu au domaine en cause. Mais, outre la marge d'appréciation que le principe octroie aux pouvoirs publics, le contrôle juridictionnel de sa mise en œuvre est limité, en matière de santé publique, par la restriction de l'accès des particuliers à la justice. Nous aborderons cette problématique au point suivant.⁶⁶

⁶¹ Cf. ch. 4, pt. 4.4.2.B

⁶² Art. 10 al. 1 let. a LPTh, art. 3 al. 1 LSPro

⁶³ Art. 11 et 66 LPTh, art. 3, 5, 8 et 10 LSPro

⁶⁴ Cf. ch. 7, pt. 7.1.1

⁶⁵ Cf. ch. 4, pt. 4.4.2.C

⁶⁶ Cf. ci-dessous, pt. 6.2.4

Remarquons enfin qu'une reconnaissance, par le Tribunal fédéral, d'un droit constitutionnel à la précaution semble peu probable à l'heure actuelle, en l'absence de consensus à ce sujet dans l'ordre juridique suisse, même si la mise en œuvre du principe de précaution par les pouvoirs publics est une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux garantis expressément par la Constitution, par exemple le droit à la famille (art. 14 Cst.).⁶⁷ Demeure l'option de rattacher le principe au droit à la santé, dans la mesure où l'article 10 alinéa 2 Cst. impose de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne : « cet aspect défensif peut impliquer des obligations de nature positive pour l'État qui doit, par exemple, prendre des dispositions pour protéger l'individu contre les effets négatifs de la pollution sur sa santé ».⁶⁸ À notre connaissance, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pour l'instant jamais admis de violation de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de simples soupçons d'atteinte à la santé.⁶⁹

6.3. L'exemple de la jurisprudence en matière de produits thérapeutiques

En Suisse, c'est la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques, aujourd'hui intégrée au Tribunal administratif fédéral, qui a initié l'extension du champ d'application du principe de précaution. Si le Tribunal fédéral a soutenu la Commission de recours dans son interprétation de la notion de sécurité des médicaments, il n'a pendant longtemps pas mentionné pour autant le principe de précaution. L'étude de cette jurisprudence est donc intéressante en raison de cette discordance. Elle l'est également parce que de nombreux jugements nous permettent d'évaluer en particulier la pertinence de l'invocation du principe de précaution ainsi que celle de l'analogie retenue entre environnement et santé publique, et d'illustrer la problématique du pouvoir d'examen du juge en situation d'incertitude scientifique et de l'accès des particuliers à la justice.

6.3.1. La pertinence de l'invocation du principe de précaution

En 1992, donc bien avant qu'elle ne mentionne le principe de précaution, la première instance fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques considéra que des mesures visant à éviter une contamination par l'agent pathogène de l'ESB – notamment l'interdiction immédiate de la mise sur le marché de certains médicaments – étaient proportionnées, malgré le manque de données scientifiques permettant d'évaluer le risque.⁷⁰ Elle invoqua l'impossibilité d'exclure le danger, la gravité potentielle de celui-ci, l'importance du bien menacé (la vie et la santé), ainsi que le caractère provisoire des

⁶⁷ Sur le droit à la santé comme condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux, cf. BÉLANGER, *Une solution dans le débat sur le droit à la santé ?*, p. 769

⁶⁸ KRAUS, SCHMIDT, p. 91 ; sur le droit à la santé comme droit fondamental encore en émergence, idem, p. 87ss ; GUILLOD, SPRUMONT, p. 342ss ; BÉLANGER, *La protection de la santé publique*, p. 22ss

⁶⁹ Cf. ch. 4, pt. 4.4.2.D

⁷⁰ Décision du 8/9 janvier 1992 de la Commission de recours de l'Office intercantonal pour le contrôle des médicaments sur le recours n° 266 (non publiée)

mesures.⁷¹ Une telle interprétation de la disposition prévoyant que les médicaments mis sur le marché doivent être sûrs (relativement au bénéfice escompté)⁷² a été reprise jusqu'à récemment par le Tribunal fédéral, sans mention du principe de précaution.⁷³

Dans le premier arrêt de la Commission de recours en matière de produits thérapeutiques du 3 septembre 2004 où figure le principe de précaution⁷⁴, celui-ci fut invoqué pour admettre la proportionnalité de la suspension de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament. La documentation relative à la qualité du produit était en effet lacunaire, entraînant, selon les juges, un risque potentiel non négligeable pour la santé publique qui devait être écarté «im Sinne des heilmittelrechtlichen Vorsorgeprinzips».⁷⁵ La question se pose de savoir s'il s'agissait vraiment de prévenir un risque scientifiquement incertain, donc de précaution. En l'espèce, des données concernant des composants, le procédé de fabrication et la stabilité de la préparation – requises en vertu de l'article 3 de l'ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments – faisaient défaut. Or, selon la législation, si ces documents sont incomplets, l'innocuité du produit n'est pas considérée comme démontrée. Ne s'agissant pas d'incertitude quant à l'existence même du risque, mais d'incertitude liée à sa manifestation dans le cas d'espèce, le recours au principe de précaution semble superflu.⁷⁶ Dès lors, on remarque que le *Vorsorgeprinzip* dont il est question est utilisé dans son acception large de principe de prévention des risques. Il en sera de même dans de nombreux arrêts ultérieurs, le Tribunal administratif fédéral poursuivant la pratique de la Commission de recours à cet égard.⁷⁷ Conformément à l'injonction du Tribunal fédéral concernant l'interprétation du droit suisse harmonisé⁷⁸, les juges de la Commission de recours se sont sans doute inspirés de la jurisprudence de l'Union européenne, particulièrement d'un arrêt du Tribunal de première instance du 26 novembre 2002 consacrant l'applicabilité du principe de précaution au domaine des produits thérapeutiques.⁷⁹ Ils ont cependant accommodé le principe à la manière suisse,

⁷¹ Idem, cons. 4b à 4d

⁷² Cf. art. 19 let. b du Règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments (abrogé)

⁷³ Cf. ch. 5, pt. 5.3.1 et ci-dessous

⁷⁴ Arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 04.048 du 3 septembre 2004 (JAAC 69.23)

⁷⁵ Idem, cons. 5.4

⁷⁶ Dans ce sens également l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.128/2005 du 19 octobre 2005, cons. 3.3

⁷⁷ Arrêts de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 04.070 du 12 novembre 2004 (JAAC 69.97), cons. 3.3 et 3.4 ; 04.073 du 23 novembre 2004, cons. 4.3 ; 04.083 du 6 décembre 2004, cons. 5.1 ; 04.063 du 28 janvier 2005, cons. 4.1, 4.8 et 5.3 ; 04.082 du 4 février 2005, cons. 5.3 et 5.4 ; 04.086 du 30 juillet 2005 (JAAC 70.19), cons. 4.3 et 4.4 ; 05.116 du 14 décembre 2005, cons. 6.2 ; 05.119 du 27 janvier 2006, cons. 5.4.1 ; 05.104 du 31 janvier 2006, cons. 4.1.2, 4.3, 5.1.2 et 6.1 ; 06.166 du 19 septembre 2006, cons. 3.3 ; ATAF 2009/13, cons. 5.3 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5914/2007 du 7 mai 2009, cons. 4.4 ; C-3441/2007 du 23 septembre 2009, cons. 5.2.2 ; C-606/2008 du 5 octobre 2009, cons. 5.2.2 ; C-5554/2007 du 14 décembre 2009

⁷⁸ Cf. ch. 5, pt. 5.3.4

⁷⁹ Arrêt *Artogodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pts. 174 et 181 ; cf. ch. 5, pt. 5.2.2.A

puisque prévention et précaution sont bien distincts en droit de l'Union européenne, même dans la version en allemand du Traité constitutif.⁸⁰

Dans l'arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de produits thérapeutiques HM 04.073 du 23 novembre 2004, les juges précisèrent que les risques liés aux produits thérapeutiques sont souvent incertains, difficiles à prévoir, et qu'ils se réalisent rarement, le cas échéant à long terme, requérant la mise en œuvre du *heimittelrechtliches Vorsorgeprinzip*. Or il ne s'agissait toujours pas, dans le cas soumis à l'examen de la Commission de recours, d'une situation d'incertitude scientifique. En effet, la documentation – désignée par le législateur comme prouvant la qualité de la préparation – présentait des lacunes relatives notamment aux matières premières et aux excipients, dont la sécurité en soi ne faisait pas l'objet de controverses.⁸¹

Ce n'est que dans des arrêts ultérieurs que la Commission de recours en matière de produits thérapeutiques invoqua le principe de précaution à l'appui de mesures visant à prévenir des risques réellement scientifiquement incertains. Dans l'arrêt HM 04.054 du 29 mars 2005, il s'agissait d'un médicament dont on ne pouvait exclure qu'il présentait un risque de transmission de la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.⁸² La Commission de recours estima que la mention, dans l'information destinée aux professionnels, du risque potentiel de transmission d'agents infectieux tels que des prions était proportionnée, malgré l'absence de certitude scientifique au sujet du risque, et cela en vertu du principe de précaution.⁸³ Cet arrêt fit l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et celui-ci soutint la Commission de recours dans ses conclusions, sans saisir l'opportunité de se prononcer sur la mise en œuvre du principe de précaution.⁸⁴ Par ailleurs, dans un arrêt en français HM 05.099 du 5 septembre 2005, c'est à juste titre que la Commission de recours invoqua le principe de précaution concernant l'importation illégale de quantités relativement importantes de médicaments non autorisés, dont les effets adverses sont scientifiquement incertains.⁸⁵ Dans les arrêts HM 05.101 du 6 septembre 2005 et 05.105 du 20 avril 2006, il s'agissait également, en partie tout au moins, d'incertitude scientifique concernant des risques d'effets secondaires graves d'une substance.⁸⁶ Le retrait de l'autorisation fut confirmé par la première instance de recours se fondant sur le principe de précaution⁸⁷, jugement que le Tribunal fédéral soutint sans mentionner le principe.⁸⁸ Dans l'arrêt HM 05.134 du 14 juillet 2006, c'est le refus d'autoriser un médicament vétérinaire qui fit l'objet d'un recours, l'Institut suisse des produits thérapeutiques ayant estimé que le produit pouvait

⁸⁰ Selon l'art. 191 par. 2 TFUE (ex-art. 174 par. 2 TCE), dans sa version allemande, « die Umweltpolitik der Gemeinschaft [...] beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung [...] » ; sur la confusion qui règne en droit suisse entre prévention et précaution, cf. FAVRE, JUNGO, p. 20-21 ; également ch. 2, pt. 2.1.2

⁸¹ Arrêt HM 04.073, cons. 3.4

⁸² Arrêt HM 04.054, cons. 4.2 et 4.3.2

⁸³ Idem, cons. 4.3 et 5.2

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.278/2005 du 29 novembre 2005, cons. 4

⁸⁵ Arrêt HM 05.099, cons. 5.2.4

⁸⁶ Arrêts HM 05.101, cons. 4.2.3, et 05.105, cons. 5.1.2 et 5.2.3

⁸⁷ Arrêts HM 05.101, cons. 5.1, et 05.105, cons. 4.2.1 et 6

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.287/2006 du 22 décembre 2006, cons. 3.3.2

présenter un risque de transmission à l'homme de gènes de résistance aux antibiotiques. Cette fois, la Commission de recours admit le recours, considérant le risque acceptable en l'espèce et liant certaines conditions à l'utilisation de la préparation⁸⁹. Nous examinerons ci-après en quoi cette décision est problématique.

On constate que les juges de première instance sont d'avis que le *Vorsorgeprinzip* domine le droit suisse des produits thérapeutiques⁹⁰, opinion relayée par certains auteurs qui recourent également à l'acception large de la notion⁹¹, alors que le Tribunal fédéral a pendant longtemps évité de se prononcer sur la question. Or nous avons vu que la législation applicable ne donne pas de réponse claire à la question de la prévention des risques scientifiquement incertains, mais que la référence à l'état de la science et de la technique, dans les dispositions relatives à l'évaluation de la sécurité des médicaments, indique que de tels risques doivent être pris en compte.⁹² Une mesure de précaution, l'interdiction de certaines hormones comme promoteurs de croissance animale, est d'ailleurs explicitement prévue par l'ordonnance sur les médicaments vétérinaires⁹³, fondée sur la loi sur les produits thérapeutiques. Les juges de première instance ont donc eu raison d'étendre le champ d'application du principe de précaution au droit des produits thérapeutiques, « dégageant » de la réglementation dans son ensemble une norme nécessaire à l'interprétation du droit existant. En outre, le recours à un principe juridique, comportant la possibilité de ne pas être appliqué, est indiqué en la matière, puisque l'intérêt des patients peut commander précisément de ne pas prendre des mesures de précaution limitatives, afin de permettre l'accès à un médicament dont les bienfaits attendus l'emportent sur les risques.⁹⁴

6.3.2. La pertinence de l'analogie entre protection de l'environnement et protection de la santé

À l'image de la jurisprudence de l'Union européenne fondant la mise en œuvre du principe de précaution, en matière de santé publique, sur une disposition du Traité constitutif concernant la politique environnementale, les juges de la Commission de recours en matière de produits thérapeutiques ont invoqué le *Vorsorgeprinzip* se référant à l'ATF 113 Ib 60. Selon cet arrêt, qui ne mentionne d'ailleurs pas le principe de précaution, l'article 10 de la loi sur la protection de l'environnement – prévoyant le devoir de celui qui exploite une installation susceptible de causer une catastrophe de prendre les mesures propres à assurer la protection de la population et de l'environnement – peut être considéré comme directement applicable malgré son imprécision. Le législateur devait en effet prendre en compte les dangers soupçonnés, en raison du caractère incertain, insidieux et à long terme des risques de catastrophe, de la complexité des interactions techniques et scientifiques, sociales et économiques, ainsi

⁸⁹ Arrêt HM 05.134, cons. 3.9 et 4

⁹⁰ Arrêts HM 05.104 ; 06.166

⁹¹ EICHENBERGER, JAISLI, RICHLI, p. 31 et 122

⁹² Ch. 5, pt. 5.3.1.B

⁹³ Annexe 4 let. a et b OMédV

⁹⁴ Cf. Message du 1^{er} mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (FF 1999 III 3151), p. 3193

que de l'incomplétude du savoir.⁹⁵ Selon la Commission de recours, les mêmes motifs commandent de réduire les risques liés aux médicaments selon le *Vorsorgeprinzip*, le législateur pouvant, en matière de santé publique également, se contenter de soupçons. Elle semble exprimer l'avis que le devoir indéterminé de garantir la sécurité des personnes suffit à fonder des mesures en présence d'indices de risque, puisque les risques technologiques, qu'ils menacent l'environnement ou la santé, présentent les mêmes particularités.⁹⁶ Il s'impose dès lors de chercher dans les intérêts en conflit les similitudes qui justifient le raisonnement par analogie retenu.⁹⁷

Rappelons tout d'abord que la notion d'environnement, telle qu'elle figure à l'article 74 Cst., englobe tout ce qui a trait au milieu naturel, donc aussi les éléments indispensables à la vie humaine, comme l'eau ou l'air ; c'est tant la protection de l'environnement que celle de l'être humain qui est visée par cette disposition.⁹⁸ Ainsi, le but de la loi sur la protection de l'environnement est de « protéger les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes des atteintes nuisibles ou incommodes, et de conserver la fertilité du sol » (art. 1 al. 1 LPE). Il s'agit cependant en principe de préserver la santé des personnes des atteintes indirectes, comme celles liées à la pollution, alors que les atteintes directes, dues par exemple à l'utilisation de produits chimiques, tombent sous le coup de dispositions constitutionnelles spécifiques.⁹⁹ Autrement dit, lorsque les effets adverses résultent d'une modification de l'environnement naturel, on se trouve encore dans le droit de l'environnement.¹⁰⁰ Les liens entre environnement et santé apparaissent d'emblée¹⁰¹ : la pollution de l'eau, par exemple, peut menacer la faune, la flore et l'être humain qui consomme l'eau, les poissons, les algues ou les crustacés. De façon plus générale, l'intérêt de l'être humain coïncide avec celui des autres formes de vie terrestre, puisque sa survie dépend de son environnement naturel. Il y a dès lors des recoupements entre le droit de l'environnement et le droit de la santé publique, qui partagent une frontière parfois difficile à tracer.¹⁰² Les liens qu'entretiennent ces deux domaines et l'intérêt public commun qu'ils visent constituent le premier motif du raisonnement par analogie retenu. Or le niveau de protection de la santé ne saurait varier en fonction de la législation appliquée, l'environnement étant du reste généralement beaucoup moins protégé.¹⁰³

⁹⁵ ATF 113 Ib 60, cons. 3 b

⁹⁶ Cf. les arrêts HM 04.073, cons. 4.3 ; 04.063, cons. 5.3 ; 04.054, cons. 4.3 ; 05.101, cons. 3.2 ; 05.104, cons. 4.2 ; 05.105, cons. 4.2.1

⁹⁷ Cf. ch. 2, pt. 2.2.4.B

⁹⁸ AUBERT, MAHON, p. 588-590 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, n° 13

⁹⁹ AUBERT, MAHON, p. 592

¹⁰⁰ EPINEY, p. 7

¹⁰¹ Sur ces liens, cf. BAVILLE, p. 45ss ; OMS, *Prévenir la maladie grâce à un environnement sain : Une estimation de la charge de morbidité imputable à l'environnement*, Résumé, 2007, disponible sous http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/publications/preventingdisease/fr/index.html (consulté le 15 janvier 2010) ; *Recommandation 1863 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Environnement et santé : mieux prévenir les risques sanitaires liés à l'environnement*, disponible sous <http://www.assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta09/FREC1863.htm> (consulté le 15 janvier 2010)

¹⁰² Cf. GOSSEMENT, p. 116ss

¹⁰³ EWALD, *Philosophie politique*, p. 36

Par ailleurs, si l'on compare les intérêts potentiellement touchés par une mesure de précaution, que ce soit la protection de l'environnement ou de la santé qui est visée, on remarque qu'il s'agit de la liberté économique (mise sur le marché de produits ou exercice d'activités), de la liberté de la recherche (comme l'expérimentation avec des organismes dangereux), voire de la liberté personnelle (loisirs ou consommation¹⁰⁴, par exemple), ainsi que de besoins sociaux tels que le maintien de places de travail ou le recours à certaines technologies. Cette coïncidence résulte notamment du fait que l'environnement et la santé publique sont tous deux exposés à un même type de risques (parmi d'autres), les risques technologiques.¹⁰⁵ Cela nous permet de conclure que le raisonnement par analogie retenu semble bel et bien s'imposer, même si la fonction d'anticipation de la précaution semble moins marquée en matière de santé publique. Le principe de précaution, en raison de son degré de généralité, peut bel et bien intervenir dans diverses situations – que l'environnement et/ou la santé soient menacés.¹⁰⁶

6.3.3. Le pouvoir d'examen du juge et la pluralité des expertises

Les risques technologiques soulèvent souvent des problématiques complexes, impliquent des savoirs hautement spécialisés et suscitent des controverses au sein de la communauté scientifique lorsqu'ils sont empreints d'incertitude. Il est alors primordial d'assurer la pluralité de l'expertise, afin de garantir une évaluation approfondie et objective des risques, ainsi que la prise en compte des avis divergents dans le processus décisionnel. Cela pose la question de l'ampleur du pouvoir d'examen du juge¹⁰⁷, que nous allons illustrer.

L'arrêt HM 05.134 du 14 juillet 2006 concerne un médicament vétérinaire dont l'autorisation de mise sur le marché avait été refusée, pour le motif notamment qu'il comportait un risque – de gravité controversée au sein de la communauté scientifique – de transmission de gènes de résistance aux antibiotiques entre l'animal et l'homme par le biais de denrées alimentaires. Un comité consultatif composé d'environ sept spécialistes reconnus, émanant de différents milieux professionnels et n'appartenant pas à l'Institut suisse des produits thérapeutiques¹⁰⁸, avait examiné la demande d'autorisation. Il avait conclu à un rapport bénéfice/risque négatif en raison de la menace potentielle pour la santé, de l'importance de la substance en médecine vétérinaire et humaine, ainsi que de l'existence d'alternatives à la thérapie proposée – avis qu'avait suivi l'institut. Selon la Commission de recours, l'évaluation des risques par ce comité était d'un niveau de qualité auquel les juges ne pouvaient prétendre.¹⁰⁹ Cela ne l'empêcha pas de se déterminer de son propre chef relativement à une limitation de l'indication proposée par l'entreprise au cours de la procédure de recours, qui diminuait mais n'excluait pas le risque, et de décider que le produit devait être autorisé

¹⁰⁴ La fluorisation de l'eau potable est une mesure de santé publique susceptible de porter atteinte à la liberté personnelle (cf. arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 juin 1990, ZBl 1991, p. 25ss)

¹⁰⁵ Cf. ch. 1, pt. 1.1.1

¹⁰⁶ Ch. 3, pt. 3.2 ; cf. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution*, p. 553

¹⁰⁷ Cf. ch. 3, pts. 3.1.3 et 3.2.2

¹⁰⁸ Cf. le règlement Swissmedic Medicines Expert Committees (SMEC), non publié

¹⁰⁹ Arrêt HM 05.134, cons. 2.1.2 ; dans le même sens, l'arrêt HM 05.104, cons. 2.1.1

à certaines conditions.¹¹⁰ La décision fut prise par trois juges, dont un vétérinaire et un médecin. Or il est douteux que deux experts, d'ailleurs plutôt généralistes, soient à même de produire une expertise pluridisciplinaire et complète, requérant non seulement un savoir pointu, mais aussi de « pousser les investigations à l'étranger, d'avoir l'ensemble des contacts et renseignements nécessaires ». ¹¹¹ Il aurait été plus opportun que la Commission de recours renvoie l'affaire à l'institut pour examen complémentaire. Le fait que les juges du Tribunal administratif fédéral soient tous des juristes, limitant forcément leur examen des questions scientifiques ou techniques, implique dès lors un gain en terme de qualité de l'expertise, d'autant plus lorsqu'une commission d'experts a été consultée ou qu'une procédure de participation du public aux choix en matière de risque a été suivie.¹¹²

6.3.4. L'accès des particuliers à la justice

L'élargissement des possibilités d'accès d'organisations à la justice est un moyen pour les représentants d'intérêts publics de se faire entendre par les juges, favorisant la pluridisciplinarité et la contradiction de l'expertise.¹¹³ En matière de médicaments, des organisations de protection de l'environnement peuvent recourir contre une autorisation de mise sur le marché d'un produit contenant des OGM, selon l'article 28 de la loi sur le génie génétique. Pour le reste, la législation sur les produits thérapeutiques ne connaît pas de recours de ce type, ce qui signifie que les patients ou les utilisateurs ne peuvent pas agir en justice contre la mise sur le marché de médicaments, puisqu'ils ne sont pas obligés de les consommer.¹¹⁴ En outre, la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral est restrictive concernant l'admissibilité de recours de tiers non destinataires de la décision attaquée, en matière de produits thérapeutiques tout au moins.

Dans l'ATAF 2007/20 du 6 juin 2007, la qualité pour agir d'une association d'apiculteurs fut déniée dans le cadre d'un recours dit « corporatif » contre la mise sur le marché d'un médicament vétérinaire. Les recourants faisaient valoir que l'utilisation du produit en question était de nature à entraîner rapidement des résistances chez des acariens parasites des abeilles, responsables de la mort de nombreuses d'entre elles. De plus, fait incontesté, les résidus de la substance en question dans la cire sont susceptibles de contaminer l'ensemble des ruchers, et donc tout le miel suisse.¹¹⁵ Le tribunal refusa d'entrer en matière sur le recours invoquant, d'une part, que l'Institut suisse des produits thérapeutiques examine les médicaments de façon approfondie avant de les autoriser ; d'après le dossier, l'institut était conscient des risques liés à la préparation en cause. D'autre part, le but visé par les apiculteurs fut qualifié de purement idéal et non relevant du point de vue de la santé publique, pour le motif que les résidus futurs éventuels de la substance dans le miel ne dépasseront pas les valeurs de tolérance fixées dans la législation sur les denrées alimentaires. Enfin, les juges estimèrent que les risques évoqués étaient insuffisamment graves et vraisemblables,

¹¹⁰ Arrêt HM 05.134, cons. 3.9

¹¹¹ MAZEN, p. 268

¹¹² Cf. WAGNER PFEIFER, *Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung*, p. 442

¹¹³ Ch. 3, pt. 3.1.3

¹¹⁴ SCHWEIZER Mark, p. 804

¹¹⁵ ATAF 2007/20, cons. 2.5

l'indication du produit étant restreinte et son utilisation soumise à un suivi scientifique.¹¹⁶

Cette motivation n'est pas convaincante : une diminution de la qualité du miel de l'ensemble des abeilles, même si elle n'est pas considérée comme menaçant la santé publique, constitue une atteinte directe et réelle aux intérêts des producteurs, qui justifient un prix élevé par la pureté de leurs produits. En outre, concernant le risque d'augmentation des résistances chez les acariens, il est choquant de nier sa gravité et sa vraisemblance si l'on considère la surmortalité des abeilles ces dernières années et les soupçons à l'encontre des acaricides. Il semble que les juges auraient dû effectuer la caractérisation a priori du risque avec plus de sérieux et entrer en matière sur le recours, afin d'examiner de façon approfondie si l'évaluation des risques par l'institut était elle-même suffisamment étendue, objective et pointue.

Une telle interprétation stricte de la qualité pour agir¹¹⁷, liée à la crainte des tribunaux de se voir débordés par des actions de concurrents¹¹⁸, souligne la nécessité d'étendre le droit de recours à des organisations de protection des consommateurs et des patients ou à des groupes professionnels, afin d'offrir une meilleure protection juridictionnelle à l'intérêt en cause, la santé publique. Il semble que cette solution ne devrait pas entraîner de problèmes pratiques insurmontables si l'on considère la situation en droit de l'environnement où les organisations à but idéal n'ont introduit qu'un nombre limité de recours, avec un taux de succès nettement supérieur à la moyenne.¹¹⁹ Selon François BELLANGER, « avec l'extension des activités humaines à risque, notamment dans le domaine de l'environnement ou de l'alimentation, et la reconnaissance de la nécessité de protéger les citoyens, un nouvel élargissement du cercle des personnes ayant la qualité pour recourir [...] est vraisemblable ».¹²⁰

¹¹⁶ Idem, cons. 2.5.3 et 2.5.4

¹¹⁷ Cf. idem, cons. 2.1.2

¹¹⁸ Idem, cons. 2.4.2 ; cf. ATF 113 Ib 363, cons. 3c

¹¹⁹ Cf. FLÜCKIGER, MORAND, TANQUEREL, p. 29-30

¹²⁰ BELLANGER, *La qualité de partie*, p. 55

Chapitre 7. La mise en œuvre du principe de précaution et différents principes fondamentaux du droit public

Ne s'agissant plus uniquement de prévenir la réalisation de risques bien connus, le principe de précaution suppose une intervention étatique élargie. Bien plus, il permet l'adoption de mesures qui impliquent non seulement, en premier lieu, l'État lui-même – le financement d'un programme de recherche, par exemple –, mais également de restreindre des libertés. Or le contenu fortement indéterminé du principe de précaution pose la question de la conformité de mesures prises en son nom avec l'exigence de la base légale, et éveille le spectre de l'incohérence et de l'irrationalité de l'action étatique. En outre, la balance des intérêts en présence ainsi que l'examen de la proportionnalité sont particulièrement délicats en situation d'incertitude scientifique. C'est donc l'articulation du principe de précaution avec les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la protection contre l'arbitraire que nous allons esquisser. Notre ambition est de montrer que la mise en œuvre du principe de précaution peut être conciliée avec ces principes fondamentaux du droit public.

7.1. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de la légalité

Le principe de la légalité inscrit à l'article 5 alinéa 1 Cst. signifie que l'État est lié par l'ensemble du droit et que toute l'activité étatique doit reposer sur la loi. Garant de la démocratie et de la séparation des pouvoirs, il vise à assurer la sécurité du droit, l'égalité de traitement et la protection contre l'arbitraire.¹ C'est la seconde composante du principe de la légalité, celle de l'exigence de la base légale reprise comme condition à la restriction des droits fondamentaux (art. 36 al. 1 Cst.), qui nous intéresse particulièrement ici : la mise en œuvre du principe de précaution, norme fortement indéterminée, est-elle conciliable avec l'exigence d'une « densité normative » suffisante de la loi ? Nous allons nous efforcer d'y répondre et, dans la dernière partie du chapitre, nous passerons en revue quelques solutions élaborées pour pallier le manque de prévisibilité des normes.

¹

MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 266 et 269 ; HANGARTNER, p. 105

7.1.1. L'exigence de la « densité normative » et l'indétermination du principe de précaution

L'exigence de la « densité normative » de la base légale, rattachée par la jurisprudence au principe de la légalité, signifie que la disposition sur laquelle se fonde l'activité de l'État doit présenter « des garanties suffisantes de clarté, de précision et de transparence ».² Elle est modulée en fonction de la nécessité de laisser une certaine marge de manœuvre aux autorités qui appliquent le droit.³ En effet, les actions étatiques ne peuvent pas être toujours prédéterminées de façon précise, notamment lorsqu'elles dépendent de circonstances concrètes variées et impliquent des pesées d'intérêts sans cesse renouvelées, ou lorsque les situations à régir sont imprévisibles ou mal connues. Les normes se bornent alors à attribuer les compétences et assigner des objectifs, nommer les valeurs et principes qui guident les choix des pouvoirs publics, l'exigence de la densité normative étant limitée par la nature même des tâches à effectuer.⁴ Ainsi, paradoxalement, le critère de la densité normative est lui-même fortement indéterminé, puisque le principe de la légalité est un principe juridique dont la mise en œuvre doit être pondérée avec, par exemple, le caractère technique ou évolutif d'une situation à régler.⁵

Lorsque l'on examine la légalité de la mise en œuvre du principe de précaution, il faut distinguer tout d'abord les mesures qui ne consistent pas en l'adoption d'actes obligatoires et celles qui s'imposent aux particuliers. Les autorités peuvent, par exemple, publier des recommandations ou financer des recherches scientifiques, se fondant sur le principe de précaution ainsi que sur des dispositions qui prévoient un devoir d'information du public (l'art. 10 LOGA notamment) ou la possibilité de soutenir des programmes de recherche. La légalité de telles mesures ne semble pas problématique : l'exigence de densité normative est en principe moindre lorsque l'activité de l'État consiste seulement à fournir des prestations ou à promouvoir l'intérêt général.⁶ Concernant les mesures à l'encontre de particuliers, en revanche, la réponse à la question de savoir si l'administration peut limiter une liberté publique en vertu du principe de précaution, par exemple la liberté économique, la liberté de recherche, voire la liberté personnelle, semble moins évidente. Toute restriction de droits fondamentaux doit en effet reposer sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.) d'autant plus précise que l'atteinte est grave et le cercle des destinataires de la norme étendu.⁷ La Cour européenne des droits de l'homme estime que la loi est suffisamment précise lorsqu'elle permet au citoyen de déterminer sa conduite et de prévoir, « à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause », les conséquences d'un acte.⁸ Plusieurs facteurs doivent donc être pris en compte dans l'évaluation de la légalité d'une atteinte à un droit

² AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume I*, p. 629

³ Idem ; MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 270-271 ; HANGARTNER, p. 107-108 ; ATF 125 I 361, cons. 4a

⁴ Sur le tout, MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 189, 341 et 371-372 ; MORAND, *La fin des règles fixes*, p. 200-203 ; HÄFELIN, MÜLLER, UHLMANN, p. 90-91 ; ATF 128 I 327 cons. 4.2 ; 127 V 431 cons. 2b/bb, cc ; cf. ch. 3, pt. 3.2.1 et ch. 6, pt. 6.1.3.A

⁵ MORAND, *La légalité de la légalité*, p. 189 et 195

⁶ AUBERT, MAHON, p. 45 ; cf. également OBERSON, p. 97-99 et 107

⁷ AUBERT, MAHON, p. 324 ; MALINVERNI, p. 405 ; ATF 123 I 112, cons. 7a

⁸ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 339 ; sur le tout, MALINVERNI, p. 402-404

fondamental, en fonction desquels la portée de l'exigence de densité normative sera déterminée au cas par cas.⁹

7.1.2. Différentes bases légales fondant une action de précaution restreignant une liberté

Les autorités en charge de la prévention des risques suivent des démarches de précaution pour protéger la santé humaine et animale en se fondant sur différents types de normes¹⁰, ce qui amène les distinctions suivantes. Lorsque les pouvoirs publics s'appuient sur une disposition, dans une loi, prévoyant une mesure spécifique à un risque scientifiquement incertain particulier, par exemple l'interdiction de l'utilisation d'antibiotiques comme promoteurs de croissance animale¹¹, la démarche a évidemment une base légale suffisante. Cela semble également le cas lorsque la mesure de précaution est prévue de façon précise dans une ordonnance, comme l'interdiction d'adjoindre certaines substances hormonales dans le fourrage¹², disposition qui concrétise le devoir de garantir la sécurité des produits thérapeutiques. En effet, l'atteinte à la liberté économique (restriction quant à la mise sur le marché de produits ou baisse du rendement d'animaux de rente) ne paraît pas devoir être qualifiée de grave (cf. art. 36 al. 1 Cst.), nous allons le voir au paragraphe suivant, et les conséquences de l'application de la norme peuvent être connues approximativement par les particuliers.

Il est cependant envisageable que l'intervention étatique résulte de dispositions beaucoup plus vagues. D'une part, le législateur prévoit parfois que le principe de précaution peut justifier des mesures restrictives, sans préciser quels risques impliquent quelle action (art. 148a LAgr, art. 23 projet LDAI, art. 8 projet LEp) ; la norme s'impose alors aux particuliers dès lors qu'une décision la concrétise.¹³ D'autre part, les autorités fondent parfois des mesures de précaution sur des dispositions peu claires quant au degré de vraisemblance exigé, par exemple lorsqu'il s'agit de garantir la sécurité des médicaments selon l'état des connaissances techniques et scientifiques¹⁴, ou lorsque la loi prévoit que « la Confédération et les cantons prennent toutes les mesures qui, d'après l'état de la science et de l'expérience, paraissent propres à empêcher l'apparition et la propagation d'une épizootie ». ¹⁵ La possibilité d'y lire un devoir de précaution étant incertaine, une partie de la jurisprudence se réfère au principe de précaution pour interpréter ces dispositions.¹⁶ Enfin, certaines lois se bornent à prévoir que la sécurité des personnes doit être garantie par ceux qui, par exemple, mettent sur le marché certains produits.¹⁷

⁹ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 342-343 ; RHINOW, SCHEFER, p. 241

¹⁰ Cf. ch. 6, pt. 6.3

¹¹ Art. 160 al. 8 LAgr

¹² Annexe 4 let. a et b OMédV

¹³ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 11-12

¹⁴ Art. 2 OEMéd

¹⁵ Art. 9 LFE

¹⁶ Cf. ch. 6, pt. 6.3.1

¹⁷ Cf. par ex. l'art. 5 LChim

De telles dispositions semblent bien devoir être considérées comme suffisantes pour fonder une restriction à une liberté publique en présence d'un risque scientifiquement incertain. Tout d'abord, comme le devoir assigné aux particuliers de ne pas mettre autrui en danger est prévu dans la loi, les destinataires de la norme peuvent anticiper l'adoption de mesures de précaution. Ensuite, on se trouve dans une situation où l'action étatique ne peut souvent pas être prédéterminée de façon précise, parce que les situations d'incertitude scientifique sont pour la plupart imprévisibles, évolutives, et que la complexité de la gestion des risques implique la prise en compte d'une multitude de paramètres variables. Lorsque les autorités doivent bénéficier d'une grande liberté pour adapter le régime juridique aux circonstances particulières, la prévention des risques incertains requiert une base légale souple, donc imprécise.¹⁸ Le Tribunal fédéral l'a confirmé dans l'ATF 113 Ib 60, estimant conformes au droit, en raison de l'incertitude inhérente à la prévention des catastrophes, des mesures étatiques fondées sur une disposition ne mentionnant que de façon vague les devoirs de ses destinataires.¹⁹ Ainsi peut-on admettre que la nécessité de prévenir de tels risques peut légitimer une formulation indéterminée des dispositions légales. Par ailleurs, les restrictions aux libertés imposées en vertu du principe de précaution ne semblent pas, le plus souvent, devoir être qualifiées de graves, puisqu'il s'agit soit de mesures peu incisives (tel qu'un *monitoring*), soit de limiter ou d'interdire une action dangereuse spécifique (comme la mise sur le marché ou l'utilisation d'un produit), le particulier demeurant libre de se tourner vers des activités semblables, mais plus sûres. Enfin, les normes en question s'adressent généralement à un cercle restreint de personnes, par exemple celles qui expérimentent une nouvelle technologie ou commercialisent un type de produits. Dans ces circonstances, certaines garanties procédurales que nous évoquerons (méthodologie de la pesée des intérêts, motivation complète et détaillée des décisions, ouverture au dialogue des procédures, notamment) semblent pouvoir compenser le déficit de densité normative de telles dispositions prévoyant ou fondant la mise en œuvre du principe de précaution.²⁰

Même lorsque le principe de précaution n'est pas mentionné dans une loi, la notion de sécurité ou le devoir de prévention sera donc considéré comme incluant la prise en compte de risques seulement soupçonnés, voire inconnus si une activité ou un produit est novateur. Afin de ne pas heurter l'exigence de la base légale, on estimera qu'il s'agit non pas de combler une lacune de la loi, mais d'interpréter les textes légaux de façon extensive²¹, donc « de donner à la disposition en cause un champ d'application aussi vaste que possible, tout en restant dans le cadre des termes légaux », opération qui peut exceptionnellement, selon le Tribunal fédéral, inclure le recours à l'analogie.²² Dans ce contexte, l'extension du champ d'application du principe de précaution, par le juge ou le législateur, permet de préciser (un peu) la portée des devoirs assignés aux autorités ou aux particuliers.

¹⁸ Cf. ch. 3, pt. 3.2.1, et ch. 6, pt. 6.1.3.A

¹⁹ Cf. ch. 6, pt. 6.2.2

²⁰ Cf. ci-dessous, pt. 7.4.2, et ch. 8, pt. 8.1.4.C

²¹ Cf. ch. 2, pt. 2.2.4.A

²² ATF 98 Ia 194, cons. 2a

Il n'en demeure pas moins que la liberté octroyée à l'exécutif par des normes imprécises, telles que le principe de précaution, est antinomique au principe de la légalité. Les décisions dont le contenu ne peut être établi que suite à une balance des intérêts en jeu dans le cas concret ne trouvent dans la loi qu'une légitimation partielle ; l'activité administrative prend une « dimension (micro)politique ».²³ Cependant, lorsque la prévisibilité du droit ne peut être garantie, cela ne signifie pas encore que la norme soit invalide, ni d'ailleurs que la situation doive être dramatisée, selon les termes de Pierre MOOR²⁴ : des solutions pour compenser le déficit de densité normative ont été élaborées, nous mentionnerons certaines d'entre elles au dernier point du chapitre.

7.2. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de l'intérêt public

L'État ne peut agir que pour satisfaire un intérêt public (art. 5 al. 2 Cst. et, pour les restrictions aux droits fondamentaux, art. 36 al. 2 Cst.), déterminé comme tel par la Constitution ou, si elle est muette, par les autorités politiques.²⁵ La conception de l'intérêt public varie dans le temps, en fonction des tâches attribuées à l'État et, lorsque celui-ci intervient en tant que gestionnaire de l'intérêt général, il doit concilier une pluralité de valeurs, convergentes ou divergentes.²⁶ Ainsi, par exemple, dans la gestion des risques pour l'environnement ou la santé, les différents intérêts publics et privés qui méritent considération sont mis en balance, par le législateur ou par les autorités qui appliquent le droit lorsqu'elles disposent d'une marge d'appréciation, afin de dégager la valeur qui a le plus d'importance dans une situation donnée.²⁷ Ce processus sert « à révéler la légitimité d'un intérêt public » ; il ne se confond pas, dans cette mesure, avec la mise en œuvre du principe de la proportionnalité.²⁸ Notons qu'en droit de l'Union européenne, la pesée globale des intérêts est rattachée à l'examen de proportionnalité²⁹ ; souvent, le Tribunal fédéral ne distingue pas non plus ces deux démarches³⁰, à l'instar d'une partie de la doctrine.³¹ Quoi qu'il en soit, de telles évaluations sont difficiles, particulièrement en situation de risque incertain, nous allons le constater. La hiérarchie des valeurs est cependant parfois prédéterminée, notamment par le biais du principe de précaution.

²³ MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 154 ; cf. ch. 3, pt. 3.2.2

²⁴ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 191

²⁵ MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 273 ; d'autres définitions de l'intérêt public sont proposées notamment par Jörg Paul MÜLLER, p. 637-638, et TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 144

²⁶ MOOR, *Définir l'intérêt public*, p. 219 et 231-232 ; WYSS, p. 2 et 8

²⁷ MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 275-276 ; MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 398

²⁸ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 399 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 145 ; WYSS, p. 208-209

²⁹ CHRISTOFOROU, p. 220

³⁰ Cf. par exemple l'ATF 132 II 305, cons. 4.4

³¹ HANGARTNER, p. 118-119 ; MACHERET, p. 197

7.2.1. La balance des intérêts en situation de risque incertain

Lors de la mise en œuvre du principe de précaution, le législateur ou l'autorité exécutive doit, en vertu du principe de l'intérêt public, mettre en balance les conséquences les plus probables de l'action envisagée et de l'inaction, tant à court qu'à long terme. Si l'on peut dire, de façon synthétique, qu'il s'agit d'une évaluation de type coût/avantage, c'est le bénéfice global, incluant des considérations d'ordre non économique, qui doit être évalué.³² Outre l'effet escompté de la mesure, les paramètres suivants sont considérés dans la mise en œuvre du principe de précaution : le degré de protection souhaité, la gravité du dommage anticipé (ampleur, durée, irréversibilité, sans oublier les effets indirects et cumulatifs), le degré de consistance et de plausibilité scientifique des hypothèses de risque, le caractère inédit de celui-ci, ainsi que la réductibilité, plus ou moins rapide, de l'incertitude. Doivent également être pris en compte les désavantages de la mesure pour le destinataire et pour la société (pertes d'emploi, par exemple), son opportunité (avantages auxquels il faudrait renoncer, efficacité d'options possibles, allocation optimale des ressources publiques, acceptabilité de la mesure, effet de préjudice d'une décision³³).³⁴ Les questions de moralité et d'équité (inter- et intra générationnelle) ne doivent pas être négligées.³⁵ On peut y ajouter l'intérêt à une régulation à l'abri de l'ingérence étatique (principe de subsidiarité)³⁶, ainsi que, le cas échéant, celui à ne pas entraver le commerce international selon les engagements pris.³⁷ Notons que le législateur exclut parfois la prise en compte de certains aspects : l'Institut suisse des produits thérapeutiques, par exemple, ne doit pas tenir compte de considérations relatives aux prix des médicaments dans les procédures d'autorisation.³⁸

On peut admettre, d'une part, que l'absence de certitude scientifique n'est en soi pas un motif suffisant pour intervenir de façon moindre que si le risque était avéré³⁹, et, d'autre part, que plus le risque est grand, plus les exigences quant aux indices de risque ainsi que les incidences des conséquences économiques de la mesure envisagée sont limitées.⁴⁰ Toutefois, l'énumération qui précède n'est pas dénuée d'équivoque. Tout d'abord, les implications de la plausibilité du risque sont complexes : en présence

³² Sur le tout, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 52, note 60), p. 19 ; cf. également DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 187 ; KOURILSKI, VINEY, p. 47 ; UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. p. 53, note 37), p. 30-31

³³ C'est-à-dire les conséquences, sur les intérêts concernés, d'une répétition de la décision dans des cas semblables susceptibles de se présenter, cf. WULLSCHLEGER, p. 86

³⁴ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 147 ; cf. également VAN GRIETHUYSEN, p. 63, note 66 ; NOLLKAEMPER, p. 91-93 ; *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 19 ; MANES, p. 1360-1362 ; OCDE, *Incertitude et précaution : incidences sur les échanges et l'environnement* (cf. p. 32, note 22), p. 35

³⁵ UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. p. 53, note 37), p. 31

³⁶ Cf. MOOR, *Définir l'intérêt public*, p. 226

³⁷ Cf. ATF 132 II 305, cons. 5.3

³⁸ Message du 1^{er} mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, p. 3182

³⁹ Cf. principe 15 de la Déclaration de Rio ; MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, p. 338

⁴⁰ EPINEY, p. 104 ; TROUWBORST, p. 276 ; cf. par exemple l'ATF 132 II 305, cons. 4.4, ainsi que l'art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur la protection contre les accidents majeurs (RS 814.012)

d'indices très peu concluants (niveau de scientificité bas), la question est controversée de savoir si le principe de précaution suppose d'agir de manière d'autant plus incisive que l'incertitude est grande⁴¹ ou si les mesures prises auront alors essentiellement des conséquences d'ordre procédural pour les promoteurs de l'activité.⁴² En tout état de cause, il s'agit de ne pas « placer la barre trop haut » en terme de plausibilité du risque, sans quoi l'on retombe « dans le travers classique qui consiste à repousser l'adoption de mesures tant que le risque n'est pas suffisamment probable ».⁴³ Il semble en outre que l'État devrait agir, de façon certes peu incisive, même en l'absence d'indices de risque, en cas de grande inconnue quant à une nouvelle technologie.⁴⁴ Par ailleurs, l'incidence du facteur temps est également délicate à évaluer : si l'imminence d'une menace peut impliquer une intervention étatique urgente, le fait que l'atteinte potentielle n'est susceptible de se produire qu'à long terme ne doit pas être décisif, puisque le principe de précaution vise précisément à anticiper les mesures préventives, avant qu'il ne soit trop tard.⁴⁵ La gravité du risque, ensuite, n'est pas non plus un critère univoque : étant souvent difficilement évaluable et objet d'une appréciation subjective, une attitude de précaution peut supposer d'éviter tout dommage, même potentiellement minime, autant que possible.⁴⁶ Notons encore, concernant la caractérisation du risque, que le principe de précaution commande de privilégier le scénario du pire, de lui donner davantage de poids⁴⁷ – sans qu'il faille toujours renoncer à courir le risque ainsi considéré –, et qu'il faut se garder de conclure à la faiblesse d'un risque du seul fait de l'absence de preuve à son sujet.⁴⁸

Enfin, certains auteurs considèrent qu'il est erroné, potentiellement dangereux, voire amoral de prendre systématiquement en compte des considérations économiques dans la mise en œuvre du principe de précaution. Cela parce que le niveau de risque choisi peut être un risque zéro, que les analyses coûts/bénéfices, couplées avec l'influence des lobbies de l'industrie, peuvent freiner une intervention étatique pourtant indispensable (cf. affaires de l'amiante ou des antibiotiques comme promoteurs de croissance animale⁴⁹), et parce que le droit à la vie et à la santé sont les plus fondamentaux des droits de l'homme.⁵⁰ Ces réserves sont fondées, comme l'illustre le règlement (CE) 1907/2006 (règlement REACH) qui, bien que reposant sur le principe de précaution⁵¹, prévoit que la mise sur le marché de substances peut être autorisée lorsque les risques

⁴¹ HERMITTE, DORMONT, p. 350 ; au sujet de l'interaction plausibilité/proportionnalité, cf. GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 155-162

⁴² FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 122

⁴³ NOIVILLE, *Principe de précaution et gestion des risques*, p. 43

⁴⁴ Cf. ch. 2, pt. 2.1.3

⁴⁵ Cf. DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 125

⁴⁶ Cf. ch. 8, pt. 8.1.2

⁴⁷ GODARD, HENRY, LAGADEC, MICHEL-KERJAN, p. 100-103 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 61 ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 33

⁴⁸ HERMITTE, DORMONT, p. 349

⁴⁹ Ci-dessus, pt. 7.1.1

⁵⁰ CHRISTOFOROU, p. 218-219 ; cf. également NOLLKAEMPER, p. 82-83 ; DE SADELEER, *Le principe de précaution*, p. 133-134

⁵¹ Art. 1 par. 3 du règlement (CE) 1907/2006

pour l'environnement et la santé ne sont pas maîtrisés, s'il est démontré que les avantages socio-économiques qu'offre leur utilisation l'emportent sur les risques et qu'il n'existe pas d'alternative appropriée.⁵² Il s'agit d'une relativisation sensible de la portée du principe de précaution, et donc de la protection de l'environnement et de la santé publique. Ainsi, selon la Commission européenne, l'examen des avantages et des charges ne devrait inclure une analyse économique coût/bénéfices que « lorsque cela est approprié et réalisable ».⁵³ À partir d'une certaine gravité du risque⁵⁴ ou si l'on vise un risque zéro, les intérêts économiques privés ne devraient plus trouver qu'un poids limité dans la pesée des intérêts, à moins qu'il s'agisse d'évaluer des mesures alternatives de même efficacité. Les intérêts protégés par le principe de précaution et les intérêts pécuniaires ne peuvent en effet être envisagés de façon symétrique, nous le verrons au point suivant.

Remarquons au préalable que lorsque l'autorité prend des mesures de prévention non prédéterminées dans un texte légal, elle compare plusieurs intérêts publics et privés hétérogènes (objectifs et subjectifs, déterminés à partir d'observations ou de prévisions⁵⁵), et définit quelle est la valeur prépondérante dans la situation concrète. Or, si l'exercice est souvent incontournable afin que la mesure soit adaptée aux configurations individuelles du cas d'espèce⁵⁶, il peut s'avérer difficile⁵⁷, particulièrement lorsque, en raison de l'incertitude scientifique quant au risque, le pronostic relatif à l'effet des mesures envisagées est lui aussi incertain.⁵⁸ Cette difficulté dans la mise en œuvre du principe de précaution peut être illustrée par la gestion de la crise dite de la « vache folle » telle que décrite dans l'ATF 132 II 305. Les juges ont procédé à un contrôle a posteriori de la balance des intérêts effectuée par l'administration fédérale, afin d'évaluer si les attermolements de celle-ci engageaient sa responsabilité. L'intervention étatique visait à protéger la santé publique (le cheptel et les consommateurs de viande bovine) des menaces engendrées par l'ESB, et l'arrêt décrit comment les mesures sont devenues plus restrictives à mesure que la plausibilité des risques s'affirmait.⁵⁹ On note également que l'hypothèse la plus pessimiste n'a pas toujours été retenue, les autorités concluant tout d'abord – à l'instar d'autres pays européens –, au caractère spécifiquement britannique du problème, malgré l'existence d'indices indiquant le contraire. Cela constitua l'un des motifs des juges de première instance pour admettre une violation des devoirs de l'administration de prévenir la propagation de l'épizootie.⁶⁰ Par ailleurs, les juges du Tribunal fédéral relèvent deux impératifs contradictoires qui s'imposaient à l'autorité. D'une part, celui d'agir de façon

⁵² Cons. 69 et art. 60 par. 4 du règlement (CE) 1907/2006

⁵³ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 19

⁵⁴ Cf. TROUWBORST, p. 276-277 ; FAVRE, JUNGO, p. 23-25

⁵⁵ Cf. MORAND, *La coordination matérielle*, p. 216

⁵⁶ Cf. ch. 6, pt. 6.1.3.A

⁵⁷ Sur le tout, TANQUEREL, p. 221-224 et 230-231 ; également MOOR, *Droit administratif*, Volume I, p. 414

⁵⁸ Cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 185

⁵⁹ ATF 132 II 305, cons. 5

⁶⁰ Idem, cons. 5.1

d'autant plus rapide et incisive que les risques redoutés paraissaient graves et imminents. D'autre part, la nécessité de différer les mesures portant sévèrement atteinte à des libertés fondamentales ou à des intérêts importants, afin de permettre l'implication des milieux concernés. Sans leur adhésion, en effet, l'application correcte des mesures ne pouvait être garantie compte tenu du fait qu'il existait d'importants stocks de farines animales dans de nombreuses exploitations agricoles.⁶¹ L'intérêt de la Suisse à respecter ses engagements en matière de commerce international fut également pris en compte, les indices de risque ne paraissant pas, dans un premier temps, justifier à cet égard une interdiction d'importer des farines animales de tous les pays d'Europe.⁶² Enfin, l'interdiction sans transition d'affourager des animaux avec des farines animales semblait ne pas ménager suffisamment les intérêts privés divergents, ceux des éleveurs ainsi que ceux des professionnels de la branche de nourriture pour animaux et des filières de conditionnement et de distribution de la viande (diminutions de revenu et éventuelles pertes d'emplois).⁶³ Ce sont pourtant ces mêmes agriculteurs qui se plaindront par la suite de la tardiveté des mesures administratives, responsable selon eux de la propagation de l'épizootie en Suisse et de la chute consécutive du prix de la viande.

On constate ainsi que des mesures de précaution peuvent tout à la fois léser à court terme des intérêts économiques privés et les protéger à plus long terme. De façon générale, cet arrêt montre bien l'exercice périlleux d'équilibriste effectué par les autorités. Selon le Tribunal fédéral, en raison de l'évolution rapide de la maladie et des connaissances à son sujet, de l'hétérogénéité des intérêts à prendre en compte, de la nécessité d'agir dans l'urgence et de l'incertitude scientifique, on ne pouvait exiger de la Confédération qu'elle prît « en toute circonstance et en toute occasion, les meilleures décisions au meilleur moment ». Et les juges de conclure en substance que malgré le devoir des autorités de mettre en œuvre le principe de précaution, aucune omission illicite ne pouvait leur être reprochée en raison de la marge de manœuvre liée à la gestion de la crise.⁶⁴

⁶¹ Idem, cons. 4.4 et 5.1

⁶² Idem, cons. 5.3

⁶³ Idem, cons. 5.1 et 5.4

⁶⁴ Idem, cons. 4.4 et 5

7.2.2. La prééminence a priori de l'intérêt protégé par le principe de précaution

La principale difficulté de la pesée des intérêts semble résider dans la comparaison d'intérêts hétérogènes et divergents. Remarquons tout d'abord que si une hiérarchie absolue des intérêts est exclue⁶⁵ (sauf lorsque le constituant lui-même énonce une règle fixe⁶⁶), la loi énumère souvent des objectifs et principes, valeurs désignées par le législateur qui prédéterminent la pondération des intérêts.⁶⁷ Le Tribunal fédéral a, par exemple, estimé que la protection de la santé est prioritaire dans l'application de la législation sur les produits thérapeutiques.⁶⁸

Or le principe de précaution lui-même est réputé impliquer la primauté de la protection de l'environnement et de la santé⁶⁹ ; il s'agit d'une « préférence abstraite » exprimée par cette norme.⁷⁰ L'émergence du principe de précaution résulte en effet du constat que la balance des intérêts s'effectue en général en défaveur de l'environnement lorsque les coûts des mesures de protection et les bénéfices des activités à risques sont pris en compte.⁷¹ En outre, le doute conduit à sous-évaluer les coûts du dommage écologique⁷², comme si les risques invisibles ou futurs ne pouvaient rivaliser avec un bien visible et actuel.⁷³ On peut dès lors admettre que le principe de précaution impose également un biais en faveur de la santé publique, la protection de la santé prévalant a priori sur les impératifs économiques⁷⁴, voire sur les considérations sociales.⁷⁵ Cela a pour conséquence de limiter la marge de manœuvre du législateur ou de l'autorité en charge de prévention, tant dans la détermination de l'intérêt public que dans l'examen de la proportionnalité. Sans cette limitation, le principe de précaution perdrait une large part de son effectivité, nous l'avons constaté avec le règlement (CE) 1907/2006 (règlement REACH) évoqué ci-dessus.

Cette prééminence de la protection de l'environnement et de la santé dans la mise en œuvre du principe de précaution n'est cependant pas absolue⁷⁶ : elle peut être relativisée par une disposition légale spéciale ou renversée si des raisons très importantes prennent

⁶⁵ TANQUEREL, p. 224 ; EPINEY, PFENNIGER, GRUBER, p. 42 ; MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 398

⁶⁶ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 65

⁶⁷ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 398 ; WYSS, p. 151

⁶⁸ Arrêt du TF du 28 mars 2003, 2A.515/2002, cons. 3.1

⁶⁹ WULLSCHLEGER, p. 93 ; GRIFFEL *Die Grundprinzipien*, p. 127 ; RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 28-29 ; MORAND, *Pesées d'intérêts et décisions complexes*, p. 70 ; dans ce sens également, FAVRE, JUNGO, p. 23-25 ; arrêt du Tribunal cantonal zurichois du 18 mars 1998, cons. 5c et 6, URP 1998, p. 234-235

⁷⁰ MORAND, *Pesées d'intérêts et décisions complexes*, p. 69

⁷¹ NOLLKAEMPER, p. 74-75

⁷² DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 185

⁷³ Cf. PERETTI-WATEL, p. 17 ; JONAS, p. 59

⁷⁴ Cf. KOURILSKI, VINEY, p. 215 ; *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 47, note 24), pt. 20 ; en matière d'environnement, EPINEY, p. 104

⁷⁵ CAZALA, p. 147

⁷⁶ Cf. EPINEY, PFENNIGER, GRUBER, p. 41-42 ; WYSS, p. 154

le dessus.⁷⁷ Le cas des antennes de téléphonie mobile l'illustre. Les valeurs limite d'immissions fixées dans l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI)⁷⁸ visent les rayons dont la nocivité est avérée.⁷⁹ Or, conformément au principe de précaution, le Conseil fédéral ne doit pas se fonder uniquement sur des données scientifiquement prouvées lorsqu'il définit ces valeurs selon l'état de la science et l'expérience (art. 14 et 15 LPE). Le Tribunal fédéral a cependant estimé que l'article premier alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement (auquel est rattaché le principe de précaution) est suffisamment concrétisé par la limitation préventive des émissions, qui elle comprend bien une marge de sécurité pour prévenir les risques incertains.⁸⁰ Cette position est critiquée par une partie de la doctrine.⁸¹ Ainsi peut-on conclure que le biais en faveur des intérêts mentionnés ne résout pas toutes les difficultés liées à la détermination du degré de protection recherché, ni les questions relatives à l'opportunité de limiter ou non les applications d'une technologie.

7.3. La mise en œuvre du principe de précaution et le principe de la proportionnalité

« On ne tire pas sur des moineaux avec un canon : bien qu'elle date du début du siècle et que la technique militaire ait fait depuis des progrès désastreux, cette métaphore illustre encore parfaitement le principe de la proportionnalité ». ⁸² Ce principe, inscrit à l'article 5 alinéa 2 Cst. et repris comme condition de restriction aux droits fondamentaux (art. 36 al. 3 Cst.), prévoit que l'activité de l'État doit être proportionnée, c'est-à-dire qu'elle doit posséder, selon l'expression de Pierre TSCHANNEN, « ein ausreichendes Mass an praktischer Vernunft » par rapport à l'intérêt public poursuivi.⁸³ Il a en particulier pour fonction d'encadrer l'usage de la liberté d'appréciation de l'administration et signifie plus précisément, d'une part, que les mesures étatiques doivent être aptes à atteindre (en partie tout au moins) le but visé. D'autre part, ces mesures doivent être nécessaires, c'est-à-dire ne pas entraîner plus de restrictions aux droits et libertés qu'il n'est indispensable. Enfin, leur résultat escompté doit se trouver dans un rapport raisonnable avec la gravité de leurs effets sur la situation des particuliers.⁸⁴ Or l'exigence de proportionnalité peut poser différentes difficultés dans la mise en œuvre du principe de précaution, en raison de l'incertitude scientifique quant au risque. Nous allons nous efforcer de montrer en particulier les écueils à éviter dans la coordination de ces deux principes.

⁷⁷ Sur le tout, MORAND, *Pesées d'intérêts et décisions complexes*, p. 69-70

⁷⁸ Ordonnance du 23 décembre 1999 sur la protection contre le rayonnement non ionisant (RS 814.710)

⁷⁹ ATF 126 II 399, cons. 3b : cf. LAKI, p. 22 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 76-77

⁸⁰ ATF 126 II 399, cons. 4b ; jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises, par exemple dans l'arrêt du Tribunal fédéral 1A.129/2006 du 10 janvier 2007, cons. 6

⁸¹ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 77 ; BRUNNER, KELLER, p. 28 ; LAKI, p. 24-25

⁸² MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 416

⁸³ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 145

⁸⁴ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 417 ; MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 276-280 ; AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume II*, p. 108-110 ; AUBERT, MAHON, p. 328-329 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 145-146 ; RHINOW, SCHEFER, p. 244 ; SCHWEIZER Rainer J., p. 739

7.3.1. L'aptitude et la nécessité des mesures de précaution

Dans un contexte d'incertitude scientifique, tant l'aptitude de l'action étatique à atteindre le but visé que sa nécessité ne peuvent être qu'hypothétiques, l'incertitude quant au risque déteignant en quelque sorte sur les mesures adoptées. Dès lors, dans la mise en œuvre du principe de précaution, le respect de ces critères doit certes être bien motivé, mais ne peut être démontré avec certitude, cela d'autant plus lorsque les dommages ne sont attendus qu'à long terme.⁸⁵ « Faute [...] de pouvoir se fonder en toute situation sur les résultats de l'expérience ou sur des données politiques, économiques, scientifiques ou techniques suffisamment stabilisées, les organes de l'État peuvent en être réduits à des conjectures dans le choix des moyens appropriés et nécessaires à une fin ». ⁸⁶ Le Tribunal fédéral l'a admis, par exemple concernant la fluorisation de l'eau potable⁸⁷ – qui repose sur des hypothèses controversées –, ou s'agissant de la mise sur le marché de médicaments comportant des risques scientifiquement incertains.⁸⁸ Il y a alors, selon Alexandre FLÜCKIGER, une relativisation nécessaire du principe de la proportionnalité, ce qui explique que les juges invoquent souvent le principe de précaution lors du contrôle de proportionnalité.⁸⁹

Remarquons en outre que le pronostic quant à la nécessité d'une action est particulièrement délicat à émettre : l'autorité doit évaluer non seulement la mesure prévue, mais également les autres moyens susceptibles de constituer des solutions de remplacement valables. De façon générale, « le coefficient d'incertitude pourra être relativement élevé en ce qui concerne l'équivalence d'efficacité d'une solution alternative ». ⁹⁰ Dans la mise en œuvre du principe de précaution, il ne faut pas oublier que si des mesures moins incisives qu'une interdiction absolue et immédiate peuvent paraître suffisantes dans certaines circonstances, par exemple la soumission d'un produit à un traitement approprié, la réduction de l'exposition au risque, la fixation de limites provisoires, ou la diffusion de recommandations⁹¹, ces mesures sont d'efficacité variée, un *monitoring*, par exemple, n'ayant aucun effet proprement préventif.⁹² Il faut également se garder de faire prévaloir la mesure la moins incisive au détriment de l'objectif poursuivi pour le motif que l'appréciation de la nécessité d'une mesure de précaution est incertaine⁹³, ce qui reviendrait à méconnaître la portée du principe de précaution. Aussi le juge en particulier ne devrait-il pas substituer de façon inconsidérée

⁸⁵ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 18 ; voir également un arrêt du Tribunal administratif de Bâle-Campagne du 3 novembre 1999 (98/379), DEP 2000, p. 149-158, cons. 6b, selon lequel « Eine Massnahme kann [...] durchaus verhältnismässig sein, auch wenn ihre Notwendigkeit gegenwärtig noch nicht mit Gewissheit bejaht werden kann » (cf. WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*, p. 37)

⁸⁶ MACHERET, p. 194

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 juin 1990, ZBl. 1991, p. 25ss, cons. 3d

⁸⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 2A.278/2005 du 29 novembre 2005, cons. 4

⁸⁹ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 115 ; cf. également ci-dessus, pt. 7.2.1

⁹⁰ MACHERET, p. 196

⁹¹ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 18

⁹² Cf. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 383-384

⁹³ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 123-

une solution de rechange ménageant « la chèvre et le chou » à la mesure jugée nécessaire par l'autorité administrative.⁹⁴

7.3.2. La proportionnalité au sens étroit des mesures de précaution

La proportionnalité au sens étroit signifie que l'intérêt public en soi établi comme suffisant ne doit pas être réalisé à un prix disproportionné pour l'intérêt privé opposé.⁹⁵ Cette exigence suppose que l'autorité prenne en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, en particulier la situation personnelle du destinataire de la mesure ; une interdiction immédiate et absolue peut, par exemple, poser de sérieux problèmes économiques aux acteurs concernés.⁹⁶ En situation d'incertitude scientifique, l'évaluation de la proportionnalité au sens étroit est difficile elle aussi, en raison du caractère hypothétique de l'évaluation du risque et de la subjectivité du niveau de protection recherché, qui impliquent une marge d'appréciation importante pour les pouvoirs publics.⁹⁷ La prééminence a priori des intérêts que vise à protéger le principe de précaution influe également sur cette balance des intérêts.

Il existe à l'heure actuelle, en Suisse et dans l'Union européenne tout au moins, un consensus au sujet de l'importance fondamentale de la protection de la santé⁹⁸, considérée comme « l'un des objectifs primordiaux de l'État » par le Tribunal fédéral.⁹⁹ La prééminence de cette valeur sur les aspects économiques a même été érigée en principe général par les juges de l'Union européenne.¹⁰⁰ Ils ont, par exemple, estimé que la prise en compte exclusive de considérations relatives à la protection de la santé dans l'examen du retrait d'un médicament du marché était justifiée¹⁰¹, et ont précisé qu'en matière de santé publique, « l'importance des objectifs poursuivis est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs ». ¹⁰² Cela devrait également être le cas lorsque la liberté de la recherche ou la liberté personnelle est en jeu. Cependant, nous l'avons évoqué, cette prééminence n'est pas une indication précise, un poids absolu. En effet, le recours à un principe juridique suppose une modulation de l'intervention étatique en fonction des circonstances : si les dommages hypothétiques ne sont pas considérés comme graves ou si l'on ne vise pas un

⁹⁴ Cf. MACHERET, p. 196 ; cf. ch. 6, pt. 6.2.3

⁹⁵ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 418 et 420-421 ; HÄFELIN, HALLER, KELLER, p. 98

⁹⁶ Cf. ATF 132 II 305, cons. 5.1 et 5.4.1

⁹⁷ Cf. ch. 3, pt. 3.2.2

⁹⁸ EWALD, *Philosophie politique*, p. 57 ; cf. également DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 245 ; EPINEY, PFENNIGER, GRUBER, p. 42

⁹⁹ ATF 123 I 201, cons. 4

¹⁰⁰ Arrêts *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 186 ; *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, T-392/02, pt. 149 ; arrêt du TPI du 3 mars 2010, *Artegodan GmbH c. Commission européenne*, T-429/05 ; *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 4

¹⁰¹ Arrêt *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 174

¹⁰² Arrêts *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Fedesa e.a.*, C-157/96, pt. 17 ; *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, T-70/99, pt. 356 ; *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 456

risque zéro, un intérêt privé opposé peut prévaloir. Le Conseil fédéral a ainsi fixé les marges de sécurité dans les normes relatives au rayonnement non ionisant en tenant compte des intérêts économiques des opérateurs de téléphonie mobile.¹⁰³ On remarque également que même en cas de menace grave, les autorités aménagent parfois des délais transitoires permettant aux personnes touchées d'adapter leurs moyens de production à la mesure étatique¹⁰⁴, voire prévoient des dérogations en faveur d'intérêts socio-économiques importants¹⁰⁵, qui relativisent l'objectif de protection de l'environnement et de la santé.

Nous pouvons conclure ce point sur le constat que la mise en œuvre du principe de précaution est conciliable avec le principe de la proportionnalité, dans la mesure où une action étatique manifestement disproportionnée ne pourra être admise, que le risque soit présumé grave ou non.¹⁰⁶ En vertu des principes de l'intérêt public et de la proportionnalité, les mesures de précaution doivent être ajustées au niveau de protection recherché. Lors de la crise de la « vache folle », par exemple, la gravité du risque n'a pas impliqué l'abattage de l'intégralité des troupeaux nourris avec des farines animales, mesure qui aurait été disproportionnée.¹⁰⁷ On remarque également que les principes de précaution et de proportionnalité ont un impact mutuel, chacun pouvant relativiser la portée de l'autre.¹⁰⁸ Or, si la relativisation de l'exigence de proportionnalité résulte inéluctablement de l'incertitude scientifique elle-même, la protection d'intérêts économiques peut menacer la réalisation de l'objectif poursuivi par la mise en œuvre du principe de précaution et aboutir à « de vagues compromis répondant imparfaitement aux défis posés ».¹⁰⁹ Dès lors, s'il s'agit de déterminer « une voie raisonnable » dans la mise en œuvre du principe de précaution, il ne faut pas non plus que l'on en vienne, sous le couvert du principe de la proportionnalité, à retenir une version minimaliste de la précaution qui en réduirait considérablement l'utilité.¹¹⁰

¹⁰³ Cf. ATF 126 II 399, cons. 4c

¹⁰⁴ Cf. par exemple l'arrêt *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-199/96, pt. 25

¹⁰⁵ Cf. cons. 69 et art. 60 par. 4 du règlement (CE) 1907/2006 (règlement REACH)

¹⁰⁶ RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 28 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 118

¹⁰⁷ NOIVILLE, *Principe de précaution et gestion des risques*, p. 45

¹⁰⁸ Cf. RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 28 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 118 et 127

¹⁰⁹ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 353-354

¹¹⁰ Cf. NOIVILLE, *Principe de précaution et gestion des risques*, p. 43

7.4. La mise en œuvre du principe de précaution, l'égalité de traitement et la protection contre l'arbitraire

Selon le principe d'égalité, qui figure à l'article 8 de la Constitution, deux situations semblables doivent être traitées de la même manière.¹¹¹ En relation avec le principe de précaution, on peut y rattacher l'exigence de cohérence des mesures étatiques par rapport à des mesures similaires, formulée pour éviter les entraves déguisées au commerce international. Quant à la prohibition de l'arbitraire, étroitement liée au principe de l'égalité de traitement¹¹², elle est prévue à l'article 9 de la Constitution et signifie que l'action de l'État doit être juste et efficace, cohérente en soi et rationnelle.¹¹³ C'est l'arbitraire dans l'application de la loi (et non dans la loi) qui retiendra notre attention : la liberté d'appréciation dont les autorités disposent lorsqu'elles mettent en œuvre le principe de précaution suppose de vastes pesées d'intérêts qui rendent les décisions étatiques souvent imprévisibles, non reproductibles, voire aléatoires.¹¹⁴ En outre, en matière de gestion du risque, « la frontière entre rationalité et irrationalité n'est pas simple à tracer ».¹¹⁵ En raison de son indétermination, le principe de précaution soulève parfois la crainte de favoriser une nouvelle forme d'arbitraire.¹¹⁶ Nous allons donc terminer ce chapitre en mentionnant quelques pistes visant à compenser les déficits en densité normative et à améliorer la rationalité des décisions.

7.4.1. La question de la cohérence des mesures de précaution entre elles

En relation avec le principe de précaution, une exigence de cohérence des mesures de précaution a été formulée dans chacun des ordres juridiques étudiés. Elle figure dans l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires conclu sous l'égide de l'OMC, dont l'article 5.5 prévoit que si les États membres fixent eux-mêmes le niveau de protection approprié, « chaque membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables ». La jurisprudence de l'Union européenne a posé la même condition, également pour éviter les entraves injustifiées au commerce : « les mesures adoptées par une partie contractante doivent être [...] cohérentes par rapport à des mesures similaires déjà adoptées ».¹¹⁷ Dans sa *Communication sur le recours au principe de précaution*, la Commission formule elle aussi l'exigence que les mesures de précaution soient « cohérentes avec les mesures déjà prises dans des situations similaires ou utilisant des approches similaires ».¹¹⁸ Couplet repris avec enthousiasme, semble-t-il, par les autorités fédérales suisses dans le *Rapport sur le principe de précaution en Suisse et au plan international*, selon lequel « il faut appliquer les mêmes

¹¹¹ AUBERT, MAHON, p. 75 ; WEBER-DÜRLER, p. 664-665

¹¹² AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Volume II*, p. 532-533

¹¹³ MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 477 ; dans ce sens également RHINOW, SCHEFER, p. 377

¹¹⁴ Cf. MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 84-85

¹¹⁵ NOIVILLE, DE SADELEER, p. 415

¹¹⁶ DELMAS-MARTY, p. 4 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 294 ;

cf. également ch. 1, pt. 1.1.4

¹¹⁷ Arrêt *Bellio Fratelli Srl c. Prefettura di Terviso*, C-286/02, pt. 59

¹¹⁸ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 19

critères pour évaluer des situations comparables. Les mesures prises dans des cas similaires doivent être concordantes ou reposer sur des bases analogues. Le niveau de protection visé doit être cohérent afin que l'action étatique soit prévisible».¹¹⁹ On trouve également une mention de cet impératif de cohérence des mesures de précaution dans le Message accompagnant l'introduction de l'article 148a de la loi sur l'agriculture.¹²⁰

Or cet impératif de cohérence peut être problématique lorsqu'il revient à nier l'évolution de l'état des connaissances ou du niveau de protection recherché. Tel que formulé par les autorités suisses, il semble même signifier qu'il faut niveler les mesures de protection par le bas. C'est ainsi que le Conseil européen a nuancé l'exigence de cohérence, dans la *Résolution du Conseil sur le principe de précaution* de décembre 2000, en mentionnant qu'il doit être tenu compte de l'évolution du niveau de protection recherché et des développements scientifiques les plus récents.¹²¹ La jurisprudence de l'Union européenne a elle aussi précisé : « quand bien même parviendrait-on à démontrer que des mesures aussi restrictives se justifieraient également dans des secteurs où de telles mesures n'ont pas encore été prises, [...] cela ne constituerait pas une raison suffisante pour considérer que les mesures prises [...] ne sont pas légitimes en raison de leur caractère discriminatoire. À défaut, cela aurait pour effet d'aligner le niveau de protection de la santé publique sur la réglementation existante la moins protectrice ».¹²² En effet, l'égalité de traitement n'implique pas que l'action étatique soit cohérente lorsque, dans une situation semblable, les autorités devraient intervenir mais ne le font pas, puisqu'il ne saurait y avoir d'égalité dans l'illégalité.¹²³ Il est par contre envisageable que le juge impose une mesure de précaution pour des motifs d'égalité de traitement si de deux activités similaires, l'une est interdite et l'autre pas sans que la distinction se justifie.¹²⁴

Par ailleurs, une telle exigence de cohérence élude la dimension politique et subjective des choix en matière de risque : de deux risques a priori comparables, l'un peut être mieux accepté que l'autre. Or « un souci de cohérence trop accentué reviendrait à faire de l'évaluation scientifique non pas l'outil qu'elle doit être, mais une fin en soi ».¹²⁵ Enfin, la complexité de situations d'incertitude scientifique peut impliquer que des risques paraissant similaires nécessitent des mesures différentes, en fonction, par exemple, du caractère plus ou moins volontaire de la prise de risque ou d'effets cumulatifs imprévus. Il est par contre bien nécessaire que l'autorité justifie les distinctions qu'elle opère quant à des risques comparables.¹²⁶ Et c'est certainement par

¹¹⁹ Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 51, note 16), p. 27

¹²⁰ Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole, p. 4512

¹²¹ *Résolution du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 51, note 24), pt. 19

¹²² Arrêt de la CJCE du 6 décembre 2005, *ABNA Ltd e.a. c. Secretary of State of Health e.a.*, affaires jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, pt. 65

¹²³ Cf. arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 479

¹²⁴ EPINEY, PFENNINGER, GRUBER, p. 29-30

¹²⁵ NOIVILLE, DE SADELEER, p. 430

¹²⁶ Sur le tout, idem, p. 428-431

cet impératif de motivation que la rationalité de l'action étatique peut être améliorée, bien plus que par une exigence de cohérence qui, appliquée au delà de la sanction de l'insuffisance de précaution et de l'évaluation de la conformité de mesures aux engagements internationaux des États, semble simpliste.

7.4.2. Pistes pour compenser le déficit de densité normative et améliorer la rationalité des décisions

L'action étatique imprévisible doit trouver une autre légitimation que celle d'un fondement précis dans la loi. Un premier moyen évoqué est de soumettre l'application d'une norme indéterminée à un contrôle judiciaire accru à l'égard du respect du principe de la proportionnalité.¹²⁷ Bien que ce contrôle soit particulièrement difficile en situation de risque incertain, il semble que l'on puisse y rattacher la méthodologie proposée par certains auteurs pour effectuer la pesée des intérêts.

Les autorités disposent d'une grande marge de manœuvre pour hiérarchiser les valeurs dans une situation donnée.¹²⁸ Comment éviter dans ces circonstances qu'une décision ne soit « qu'un simple reflet des préjugés politiques ou moraux » de son auteur ?¹²⁹ Pour garantir une certaine rationalité de la balance des intérêts, il faut tout d'abord que tous les intérêts juridiquement protégés en jeu soient effectivement pris en compte, certains d'entre eux pouvant être négligés, volontairement ou non, pour justifier un choix intuitif. Cette première opération se rapporte à la fois à des constatations de fait et à des questions de droit.¹³⁰ Elle « nécessite une analyse fouillée de la réalité physique et sociale sur laquelle la réglementation juridique porte » et consiste à mettre en relation le cas d'espèce avec les principes juridiques concernés.¹³¹ Dans un second temps, un poids est attribué aux diverses valeurs en présence (pondération des intérêts). Il faut également évaluer concrètement la gravité des atteintes aux intérêts privés touchés ainsi que l'importance de la réalisation de l'intérêt public en cause, établir des alternatives et comparer les différentes solutions envisageables.¹³² Enfin, dans un troisième temps, il s'agit d'effectuer la pesée globale des intérêts en discernant la valeur prédominante dans le cas d'espèce. La prééminence attribuée a priori à certains intérêts ne résout pas toutes les difficultés ; l'opération demeure dans un certain flou, semble-t-il irréductible, résultant de la marge d'appréciation octroyée par le législateur à l'administration.¹³³ Quoi qu'il en soit, le recours à une telle méthodologie permet le fondement des décisions étatiques sur un raisonnement rigoureux et exhaustif. Lorsqu'il bute sur la nécessité d'agir de façon rapide¹³⁴, une évaluation plus complète des mesures devra être faite a posteriori, dans le cadre de l'évaluation continue des risques.

¹²⁷ MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 271 ; COTTIER, p. 207 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 104 ; cf. ci-dessous, pt. 7.4.2

¹²⁸ HÄFELIN, *Wertung und Interessenabwägung*, p. 595-596

¹²⁹ Cf. MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 60

¹³⁰ MORAND, *La coordination matérielle*, p. 214

¹³¹ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 63

¹³² Idem, p. 65-66 ; également WULLSCHLEGER, p. 83-84

¹³³ MORAND, *Vers une méthodologie*, p. 66-67 ; MORAND, *La coordination matérielle*, p. 216-217 ; sur les trois étapes de la pesée des intérêts, également WULLSCHLEGER, p. 80-81 et 87 ; MACHERET, p. 197

¹³⁴ Cf. TANQUEREL, p. 232

La part irréductible de flou de la balance des intérêts trouve certaines compensations dans des exigences de nature procédurale.¹³⁵ Il s'agit, d'une part, d'attribuer à l'administration disposant d'une marge d'appréciation le devoir de motiver de façon complète et détaillée ses décisions : tous les paramètres considérés et tous les intérêts relevant doivent être mentionnés, et la solution retenue être expliquée.¹³⁶ Cela permet au juge de vérifier la méthodologie de la pesée des intérêts effectuée, en particulier si les faits et l'impact de la décision ont été soigneusement établis, si les valeurs pertinentes ont bien été prises en compte puis pondérées, et si l'argumentation relative au choix des autorités est convaincante.¹³⁷ Lors de ce contrôle, le juge est en principe libre ; il ne restreint généralement son pouvoir d'examen que dans l'évaluation de la pondération des intérêts elle-même, lorsqu'elle implique des connaissances techniques ou repose sur des hypothèses.¹³⁸ Par ailleurs, lorsque la balance des intérêts est prédéterminée, par le biais du principe de précaution par exemple, il s'assure que cet a priori a été respecté.¹³⁹ Dès lors, si les autorités écartent la mise en œuvre du principe de précaution, elles doivent être en mesure de justifier leur choix.

Il s'agit, d'autre part, de garantir une représentation équitable, dans les procédures de prise de décision, de ceux qui défendent les intérêts en conflit. Cela implique, outre une motivation des décisions qui permette aux parties de disposer d'une information complète, une plus grande transparence et ouverture au dialogue des procédures, par exemple par le biais d'une large consultation des milieux intéressés avant la décision.¹⁴⁰ « Il faut dépasser la conception du droit limitée au dogmatisme, au commandement et à l'ordre, et passer à un droit discursif, communicatif, relationnel, démocratique ». ¹⁴¹ Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a estimé qu'un devoir attribué aux autorités de conseiller les particuliers (selon l'art. 6 LPE) compense, dans une certaine mesure, l'indétermination d'une norme directement applicable (l'art. 10 al. 1 LPE).¹⁴² L'ouverture de la procédure administrative trouve son prolongement dans le développement de l'accès à la justice.¹⁴³

Les moyens évoqués facilitent la manifestation des intérêts en présence. Ils supposent un examen approfondi de l'adéquation des choix étatiques au but de la législation en

¹³⁵ Cf. ATF 128 I 327, cons. 4.2 ; 128 V 272, cons. 5b/dd

¹³⁶ Sur la motivation des décisions mettant en œuvre le principe de précaution, cf. ch. 8, pt. 8.1.4

¹³⁷ MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 274 ; sur le tout également WULLSCHLEGER, p. 105 ; MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 415 ; MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 192 ; MORAND, *Le principe de la légalité*, p. 154 ; NOIVILLE, SADELEER, p. 445

¹³⁸ Cf. MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 415 ; FLÜCKIGER, *L'obligation jurisprudentielle*, p. 170 ; également MACHERET, p. 200 ; ch. 3, pt. 3.2.2

¹³⁹ Sur le tout, WULLSCHLEGER, p. 101

¹⁴⁰ Sur le tout, MORAND, *La fin des règles fixes*, p. 205 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 102-104 ; MORAND, *La crise du droit*, p. 436 ; MOOR, *Droit administratif, Volume I*, p. 374 ; MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 271 ; MACLAUHLAN, p. 91-106 ; KNOEPFEL, p. 158-160 et 170-171

¹⁴¹ MACLAUHLAN, p. 94

¹⁴² ATF 113 Ib 60, cons. 3c

¹⁴³ KNOEPFEL, p. 157 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 104

question, donc aux choix du législateur, ainsi que la mise en balance des intérêts sur la base d'une large consultation des personnes concernées dans chaque situation particulière. Le pouvoir se légitime alors « par la *procédure* qu'il observe, dans la mesure où elle permet la discussion par communication rationnelle entre tous les acteurs intéressés ». ¹⁴⁴

Or nous avons vu que la participation du public est particulièrement importante en situation d'incertitude quant au risque, parce que, le choix du niveau de risque acceptable ne résultant pas d'une expertise univoque, il appartient à ceux qui sont concernés par l'atteinte potentielle d'en débattre. Nous avons par ailleurs évoqué l'importance de la pluridisciplinarité et de l'ouverture à la contradiction de l'expertise, afin que les risques incertains, souvent controversés, soient adéquatement pris en compte – l'élargissement de l'accès à la justice contribuant à la réalisation de cet objectif. ¹⁴⁵ La démocratisation des choix en matière de risque s'impose donc tant en raison du déficit éventuel de densité normative des dispositions fondant la mise en œuvre du principe de précaution, qu'en raison de la spécificité de la gestion des risques scientifiquement incertains.

D'autres moyens sont évoqués pour pallier l'imprévisibilité de l'action étatique, notamment le recours à des instruments de rationalisation des choix, comme l'évaluation formalisée des risques ¹⁴⁶, l'évaluation de l'efficacité de la législation ¹⁴⁷ et le contrôle de l'activité administrative par des autorités (parlementaires) de surveillance. ¹⁴⁸ Nous verrons au chapitre suivant comment certains d'entre eux peuvent être concrétisés.

¹⁴⁴ MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 154 ; cf. également MORAND, *La coordination matérielle*, p. 214

¹⁴⁵ Cf. ch. 3, pts. 3.1.3 et 3.1.4

¹⁴⁶ Cf. MOOR, *Principes de l'activité étatique*, p. 271 ; MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 84-85 ; cf. également l'arrêt *Pfizer Animal Health SA*, T-13/99, pt. 172 ; sur l'évaluation des risques en situation d'incertitude scientifique, cf. ch. 8, pt. 8.1.3

¹⁴⁷ MORAND, *Le droit néo-moderne*, p. 101-102 et 110-112 ; KNOEPFEL, p. 155-156

¹⁴⁸ MACLAUCHLAN, p. 102 ; sur le tout, MORAND, *La fin des règles fixes*, p. 205

PARTIE IV. FORMULATIONS ET CONCRÉTISATIONS DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION : APPORT DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Nous avons montré que l'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique est souhaitable. Ce constat amène les interrogations consécutives, objet des deux derniers chapitres : si l'on opte pour la mention du principe de précaution dans une loi, comment le formuler et quels aménagements doivent être prévus ? Il s'imposera, pour y répondre, de cerner au plus près le contenu et les implications du principe, nous appuyant sur sa concrétisation dans les ordres juridiques étudiés. La signification du principe de précaution s'est en effet consolidée en droit international de l'environnement, bien avant qu'il ne soit reçu en droit suisse. Quant à ses implications, elles ont été particulièrement développées dans le droit de l'Union européenne. L'apport de ces ordres juridiques est dès lors très utile. Il l'est également en raison de la dimension internationale de la gestion des risques pour l'environnement et la santé, ainsi que de l'harmonisation de notre législation avec celle de l'Union européenne.

Chapitre 8. Formulations et concrétisations du principe de précaution

Dans le chapitre 3, nous avons fait une synthèse des implications de la mise en œuvre du principe de précaution, afin de mieux comprendre son caractère novateur. Nous allons maintenant préciser les contours, le contenu du principe et son impact, tels qu'ils ressortent des instruments internationaux, de la législation et de la jurisprudence, ou de la pratique des autorités au sein des ordres juridiques considérés. Nous excluons cependant les analyses des organes de règlement des différends de l'OMC, qui n'ont rendu qu'une version édulcorée, si ce n'est faussée du principe de précaution.¹ Pour le reste, les éléments que nous allons étudier concernent, sauf précision contraire, tant la protection de l'environnement que celle de la santé publique, puisque le principe de précaution a été mis en œuvre comme une seule et même norme dans ces deux domaines.

¹

Cf. ch. 5, pt. 5.1.2.B

8.1. Le contenu et les conditions d'application du principe de précaution

Si, en droit international de l'environnement, le contenu et les conditions d'application du principe de précaution ressortent essentiellement des instruments internationaux et de la doctrine, le principe a fait l'objet d'une jurisprudence importante au sein de l'Union européenne, de sorte qu'il y a acquis des contours plus précis. Nous allons voir que le droit international demeure néanmoins une référence incontournable en matière de précaution.

8.1.1. Les formulations du principe de précaution

Les formulations du principe de précaution, dans chacun des ordres juridiques étudiés, se déclinent en différentes nuances au gré des textes normatifs, reflet des compromis politiques à leur origine. Mais les références au droit international confèrent au principe de précaution, au delà des diableries qui se nichent dans les détails et des controverses sur son contenu, une unité qui transcende les frontières du droit.

A. En droit international

La référence la plus souvent invoquée concernant le principe de précaution² est le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, selon lequel « 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 ». En matière de santé publique, c'est également à cette disposition que l'OMS et le Tribunal fédéral renvoient.³ S'il n'y a pas, en droit international de l'environnement, une définition précise généralement acceptée du principe de précaution⁴, le risque et l'incertitude scientifique y sont toujours associés.⁵ Cette signification du principe, largement diffusée dans d'autres ordres juridiques, est plus étroite que celle attribuée pendant un certain temps au *Vorsorgeprinzip* allemand, reprise par une partie de la doctrine et de la jurisprudence suisses.

Dans les instruments internationaux, on trouve des formules telles que « absence de certitude/de preuves scientifiques complètes/absolues/incontestables » ou « données incertaines, peu fiables ou inadéquates ».⁶ « Absence de certitude scientifique absolue » serait le plus employé.⁷ La Convention-cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992, par exemple, prévoit que l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas

² Cf. ch. 4, pt. 4.1.1

³ OMS, *Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle sur l'environnement et la santé* (cf. p. 96, note 4), p. 7 ; ATF 132 II 305, cons. 4.3

⁴ SANDS, *Principles*, p. 212 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 71 ; BOUTONNET, GUEGAN, p. 257

⁵ Cf. NOLLKAEMPER, p. 75-76 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 80

⁶ Cf. ch. 4, pt. 4.1.1 ; également BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 80

⁷ MARTIN-BIDOU, p. 646-647

servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures de précaution.⁸ Selon le préambule de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, « 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 ». Cette formulation est peu contraignante.

B. En droit de l'Union européenne

Le principe de précaution figure à l'article 191 paragraphe 2 du Traité de Lisbonne, mais il n'y est pas défini. L'absence de définition du principe dans le Traité constitutif n'est d'ailleurs pas imputée à un contenu incertain ou imprécis, mais plutôt au fait que sa mise en œuvre est spécifique au contexte, au cas particulier, et qu'elle dépend du degré de risque considéré comme acceptable par une société à un moment donné.⁹

De fait, le contenu du principe de précaution en droit de l'Union européenne ressort de la jurisprudence ainsi que de textes de portée politique, en premier lieu la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution qui propose des lignes directrices pour sa mise en œuvre.¹⁰ Selon ce document, « l'invocation ou non du principe de précaution est une décision prise lorsque les informations scientifiques sont incomplètes, peu concluantes ou incertaines et lorsque des indices donnent à penser que les effets possibles sur l'environnement ou la santé humaine, animale ou végétale pourraient être dangereux et incompatibles avec le niveau de protection choisi ».¹¹ Cette formulation correspond en substance à la jurisprudence constante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice. Le contenu du principe de précaution y a été défini de la manière suivante : « lorsque des incertitudes subsistent, en application du principe de précaution, quant à l'existence ou à la portée du risque pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques ne soient pleinement démontrées »¹², ce qui peut être transposé à la protection de l'environnement.¹³ Dans certains arrêts, il est simplement écrit que « le principe de précaution permet aux institutions communautaires d'adopter, dans l'intérêt de la santé humaine, mais sur la base d'une connaissance scientifique encore lacunaire, des mesures de protection susceptibles de porter atteinte, même de façon profonde, à des positions juridiquement protégées ».¹⁴ Tout comme en droit international, on y trouve les éléments nécessaires à une définition générale du principe de précaution : l'incertitude scientifique et le

⁸ Art. 3 par. 3 de la Convention-cadre sur les changements climatiques

⁹ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 9

¹⁰ Idem, p. 8 ; cf. également DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution*, p. 89-

¹¹ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 7

¹² Cf. l'arrêt *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C 236/01, pt. 111

¹³ EPINEY, p. 103

¹⁴ Arrêt *Bayer CropScience AG e.a. Commission des Communautés européennes*, T-75/06, pt. 256

risque.¹⁵ Le risque scientifiquement incertain est toutefois mieux décrit en droit de l'Union européenne que par la formule « absence de certitude scientifique absolue » rencontrée en droit international. En effet, même les risques bien connus comportent souvent des incertitudes résiduelles.

Notons également que les juges de la Cour de justice ou le législateur de l'Union européenne écrivent parfois que des mesures de protection « peuvent » être prises. Or, selon d'autres arrêts¹⁶ ainsi que certains auteurs, les pouvoirs publics doivent en réalité prendre des mesures de précaution lorsque le risque est d'une certaine gravité, conformément à l'injonction d'assurer un haut niveau de protection de la santé et de l'environnement.¹⁷ Et si les autorités se voient généralement reconnaître une large marge d'appréciation pour fixer le niveau de protection et choisir les mesures adaptées¹⁸, celle-ci sera réduite par un droit dérivé détaillé interprété à la lumière du principe de précaution, par exemple si une autorisation de mise sur le marché ne peut être accordée que pour des produits qui ne présentent aucun danger pour la santé.¹⁹

C. En droit suisse

Le principe de précaution n'est pas défini dans les textes législatifs suisses qui prévoient sa mise en œuvre. Son contenu a été déterminé par la doctrine, la jurisprudence et la pratique administrative, qui recourent à des formulations diverses exprimant un devoir de prévention malgré l'absence de certitude scientifique.²⁰ Parfois, la condition de la gravité des dommages potentiels est ajoutée²¹, ou une référence au principe 15 de la Déclaration de Rio.²² Le contenu du principe de précaution correspond alors à sa teneur en droit international et en droit de l'Union européenne. Cependant, de façon semble-t-il originale et quelque peu réductrice, le Tribunal fédéral a parfois répété que le principe de précaution permet la création d'une marge de sécurité qui intègre les incertitudes sur

¹⁵ CHRISTOFOROU, p. 210

¹⁶ Cf. l'arrêt *Artogodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 184 : « le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » ; également les arrêts *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, T-70/99, pt. 355 ; *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 444

¹⁷ CHRISTOFOROU, p. 222-223 ; EPINEY, p. 96-99 ; dans ce sens également ARNDT, p. 161-

162

¹⁸ Cf. ch. 3, pt. 3.2.2

¹⁹ ARNDT, p. 162 ; cf. arrêt *Royaume de Suède e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-229/04, pts. 161 et 224

²⁰ ATF 132 II 305, cons. 4.3 ; cf. ch. 4, pt. 4.3.1, ainsi que ci-dessous, note 24 ; également GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 61

²¹ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 112 ; WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*, p. 36 ; FAVRE, JUNGO, p. 22

²² ATF 132 II 305, cons. 4.3 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, p. 585

les effets à long terme des atteintes à l'environnement²³ ; on pense, par exemple, à la fixation de seuils, c'est bien là une mesure de précaution possible.

Au sein de la législation, le principe de précaution est exprimé de diverses façons. Selon l'article 1 alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement, « les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodantes seront réduites à titre préventif et assez tôt ». L'article 11 alinéa 3 de cette même loi impose une limitation des émissions « s'il appert ou s'il y a lieu de présumer que les atteintes, eu égard à la charge actuelle de l'environnement, seront nuisibles ou incommodantes ».²⁴ D'autres dispositions interdisent la création de menaces pour l'homme et l'environnement par le biais de substances dangereuses ou d'organismes²⁵, et reposent sur le principe de précaution.²⁶ On peut évoquer également l'obligation d'assainir les décharges et les sites pollués par des déchets s'ils risquent d'être un jour à l'origine d'atteintes nuisibles ou incommodantes (art. 32c al. 1 LPE). Dans ces dispositions de la loi sur la protection de l'environnement, l'incertitude figure de façon plutôt allusive. Le principe de précaution est par contre expressément mentionné dans la loi sur le génie génétique, en titre de son article 2, selon lequel « par mesure de précaution, les dangers et les atteintes liés aux organismes génétiquement modifiés sont limités le plus tôt possible ». La formulation est lapidaire et l'incertitude scientifique implicite ici aussi.

L'article 148a de la loi sur l'agriculture est plus explicite. Il prévoit, à son alinéa premier, que « des mesures de précaution peuvent être prises [...] alors même que les informations scientifiques sont insuffisantes pour une évaluation complète du risque lié au moyen de production ou au matériel végétal concerné ». Une autre formulation relativement élaborée du principe de précaution se trouve à l'article 23 du projet de révision de la loi sur les denrées alimentaires, intitulé « principe de précaution », selon lequel « lorsque l'autorité compétente constate, après avoir évalué les informations disponibles, qu'une denrée alimentaire ou un objet usuel peut avoir des effets nocifs sur la santé, mais qu'une incertitude scientifique subsiste, elle prend des mesures provisoires pour assurer un niveau de protection élevé en attendant que de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'effectuer une évaluation plus complète ». Cette disposition correspond presque littéralement à son pendant dans la législation de l'Union européenne.²⁷ Quant au Message accompagnant le projet de révision de la loi sur les épidémies, il prévoit que les mesures pour prévenir et limiter à temps les dangers

²³ ATF 131 II 431, cons. 4.4.4 ; 117 Ib 28, cons. 6a ; 124 II 219, cons. 8a ; 126 II 399 cons. 4b ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 60

²⁴ Cf. GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 92 ; cf. par ex. l'ATF 124 II 517, cons. 4a

²⁵ Art. 26 al. 1, 28 al. 1 et 29a al. 1 LPE

²⁶ LEIMBACHER, n° 75 ; SEILER, *Commentaire ad art. 29a*, n° 75

²⁷ L'art. 7 du règlement (CE) 178/2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, prévoit que « dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque. »

et les atteintes à la santé publique sont prises, en application du principe de précaution, même si l'état des connaissances est insuffisant.²⁸

Notons encore qu'en droit suisse, la même réflexion que celle relative à l'usage du verbe pouvoir en droit de l'Union européenne²⁹ s'impose. La loi sur l'agriculture prévoit que les autorités peuvent prendre des mesures de précaution, alors que selon d'autres lois ou projets de loi, elles doivent prendre de telles mesures (art. 2 al. 1 et art. 6 LGG, art. 23 du projet LDAI, art. 8 du projet LEp). Comme la Confédération a le devoir de contribuer à la sécurité de l'approvisionnement de la population (art. 104 al. 1 Cst.) et, de façon générale, de prendre – dans les limites de ses compétences –, des mesures afin de protéger la santé (art. 118 al. 1 Cst.), la mise en œuvre du principe de précaution est, à notre avis, bien obligatoire lorsque le niveau de protection recherché le requiert, nonobstant une formulation contraire. À partir d'un certain seuil de gravité du dommage potentiel ou de plausibilité des indices, les autorités ne devraient pas pouvoir se soustraire à l'adoption de mesures de précaution, sous peine de voir leur responsabilité engagée.³⁰ D'ailleurs, vider le principe de sa force contraignante signifierait aussi le vider de sa substance, puisqu'il vise précisément à éviter une négligence dans la prévention des risques. L'article 148a de la loi sur l'agriculture ne ménage ainsi, selon nous, qu'en apparence une entière liberté d'appréciation aux autorités, le « peut » de cette disposition devant être interprété comme un « doit » selon les circonstances.³¹

8.1.2. Minimum de scientificité et seuil de gravité

L'appréciation du risque constitue « le cœur du débat » de la mise en œuvre du principe de précaution.³² La question se pose en effet de savoir à partir de quelle somme de soupçons et de gravité supposée des atteintes les autorités doivent agir, voire si elles peuvent intervenir en l'absence de tout indice. Il y a là une marge de manœuvre et, en corollaire, un potentiel de controverse important.³³ Par ailleurs, les formulations du principe de précaution font parfois référence à la gravité, voire à l'irréversibilité (qui peut y être incluse³⁴), des dommages potentiels, comme dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Nous allons donc aussi examiner cette condition.

²⁸ Message du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, p. 347

²⁹ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.1.B

³⁰ Cf. ARNDT, p. 24-25, concernant le droit allemand

³¹ Sur la relativité, en droit administratif, de la signification des formulations en « peut », cf. GYGI, *Verwaltungsrecht*, p. 149 : « Es sind zwar vielfach sogenannte "Kann- oder Darf-Vorschriften", die eine Ermessenzuständigkeit der Verwaltung anzeigen. Diese Formulierung eines Rechtssatzes ist indessen nicht zuverlässig »

³² ICARD, *Le Principe de précaution façonné par le juge communautaire*, p. 106

³³ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 116 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 170-172

³⁴ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 183

A. En droit international

Comme il n'est pas envisageable d'intervenir sans discernement face à tout risque, certains instruments de droit international prévoient que « des motifs raisonnables de s'inquiéter » sont un préalable à la mise en œuvre du principe de précaution.³⁵ De nombreux auteurs internationalistes précisent que les soupçons doivent reposer sur des bases scientifiques présentant une certaine consistance, c'est-à-dire sur des données (scientifiques) empiriques suggérant un risque, par opposition à des simples spéculations.³⁶

Par ailleurs, les instruments topiques prévoient souvent que le principe de précaution ne s'applique que si le dommage potentiel est grave et/ou irréversible.³⁷ Or, d'une part, un risque de faible ampleur peut devenir grave s'il s'additionne à d'autres risques, par accumulation ou en formant des réactions en chaîne. Les dommages ainsi causés sont parfois qualifiés de dommages résiduels ou diffus et sont couverts par le principe de précaution.³⁸ D'autre part, le critère de l'irréversibilité peut également être relatif : des lésions corporelles réversibles, par exemple, peuvent laisser des traces irréversibles. Enfin, un dommage peut être grave sans être irréversible.³⁹ Certains auteurs doutent ainsi de l'efficacité des conditions de la gravité et de l'irréversibilité, d'un contenu très subjectif, qui plus est de leur cumul, pour garantir une mise en œuvre judicieuse du principe de précaution. En outre, l'ampleur du dommage est de toute façon difficilement évaluable en situation d'incertitude scientifique.⁴⁰ Ainsi, selon Arie TROUWBORST, l'adjectif « significatif » serait le plus approprié pour qualifier le risque auquel s'applique le principe de précaution, par opposition à une gêne passagère ou un inconvénient de faible ampleur.⁴¹

³⁵ Par exemple l'art. 2 par. 2 let. a de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est

³⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 81 ; NOLLKAEMPER, p. 81 ; TROUWBORST, p. 115-117 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 73 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 176-177

³⁷ Voir par ex. l'art. 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; l'art. 3 par. 3 de la Convention cadre sur les changements climatiques ; l'art. 4 par. 3 de la Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée, adoptée à Barcelone le 16 février 1976, RTNU, vol. 1102, p. 27 ; pour d'autres exemples, cf. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 128-129 et 134-136 ; en matière de santé publique, OMS, *Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle sur l'environnement et la santé* (cf. p. 96, note 4), p. 7

³⁸ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 121-127 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 181

³⁹ BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 77 ; DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 182-183

⁴⁰ DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur*, p. 184 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 78 ; NOLLKAEMPER, p. 83-84 ; CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 131-139 ; par contre MARTIN-BIDOU, p. 650-651, estime que l'exigence de gravité ou d'irréversibilité du dommage est indispensable pour que le principe de précaution ne soit pas seulement perçu comme paralysant l'activité économique

⁴¹ TROUWBORST, p. 47-52 et 66

B. En droit de l'Union européenne

Concernant l'appréciation portée sur le risque encouru, la jurisprudence de l'Union européenne distingue risque potentiel et risque reposant sur des considérations purement hypothétiques non couvert par le principe de précaution. Les juges de la Cour de justice affirment en effet que « des mesures de protection [...] ne sauraient être valablement motivées par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées ». Et ensuite, que des mesures de protection supposent « que l'évaluation des risques dont disposent les autorités nationales révèle des indices spécifiques qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de conclure, sur la base des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale, que la mise en œuvre de ces mesures s'impose ».⁴² Il y aurait ainsi soit des indices « sérieux » impliquant la mise en œuvre du principe de précaution, soit de « simples hypothèses scientifiquement non étayées » auxquelles il ne s'applique pas.⁴³ Nicolas DE SADELEER remarque cependant que la plupart des actes de droit dérivé dans le domaine de l'environnement reposent sur des exigences relativement strictes en termes de connaissances scientifiques, ayant pour conséquence d'affaiblir considérablement la portée du principe de précaution.⁴⁴ On constate en outre que l'hypothèse où l'on ne sait rien ou presque d'une nouvelle technologie n'est pas prise en compte, alors que cette situation pourrait être comprise dans la locution « motifs raisonnables de s'inquiéter » que l'on trouve dans certains instruments de droit international.

Par ailleurs, alors que la condition de la gravité du dommage n'est pas mentionnée dans la législation de l'Union européenne, les juges répètent que des mesures de précaution peuvent être prises avant que « la réalité et la gravité [des] risques soient pleinement démontrées ».⁴⁵ Il est cependant, d'une part, souvent rappelé que le seuil critique à partir duquel des mesures de précaution s'imposent est un choix politique impliquant une marge d'appréciation importante⁴⁶, ce qui revient à reconnaître la subjectivité de l'appréciation du risque, la gravité n'étant qu'un critère parmi d'autres éléments pris en compte.⁴⁷ En effet, selon les juges de l'Union européenne, dans le cadre de l'appréciation du risque, l'« autorité peut tenir compte, notamment, de la gravité de l'impact d'une survenance de ce risque sur la santé humaine, y compris l'étendue des effets adverses possibles, de la persistance, de la réversibilité ou des effets tardifs possibles de ces dégâts ainsi que de la perception plus ou moins concrète du risque sur

⁴² Arrêts *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C-236/01, pts. 106 et 113 ; *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pts. 143 à 146

⁴³ Arrêt *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, T-392/02, pt. 129

⁴⁴ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 99-

103

⁴⁵ Arrêt *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-157/96, pt. 63

⁴⁶ Cf. par exemple les arrêts *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 382 ; *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-74/00, T-76/00, T 83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 186

⁴⁷ Cf. ch. 5, pt. 5.3.2.A

la base de l'état des connaissances scientifiques disponibles ».⁴⁸ D'autre part, la limite où un effet adverse devient critique étant difficile à évaluer, une attitude de précaution peut commander d'éviter tout dommage, autant que possible, indépendamment de sa gravité potentielle (*Schadensminimierungsprinzip*).⁴⁹ Une telle approche de minimisation des atteintes n'est cependant pas systématique : les juges ont eu l'occasion d'affirmer à maintes reprises qu'une interdiction de commercialiser des denrées alimentaires auxquelles des éléments nutritifs ne répondant pas à un besoin nutritionnel ont été ajoutés est contraire aux principes de la proportionnalité et de la libre circulation des marchandises en l'absence d'un « risque réel » pour la santé d'une population déterminée.⁵⁰

On peut en conclure qu'en droit de l'Union européenne, c'est plutôt le caractère inacceptable du risque qui conditionne la mise en œuvre du principe de précaution ; cela sous réserve bien entendu de l'appréciation de la proportionnalité de la mesure de précaution, où le critère de la gravité potentielle prend toute son importance. Nous voyons donc ici une appréciation plus nuancée des conditions de mise en œuvre du principe de précaution, par rapport à ce qui est prévu dans certains instruments de droit international.

C. En droit suisse

Concernant le seuil de scientificité, la doctrine évoque qu'il suffit que le risque soit relativement vraisemblable, plausible selon l'expérience générale, pour justifier la mise en œuvre du principe de précaution.⁵¹ En écho à la jurisprudence de l'Union européenne, le Tribunal fédéral a précisé, dans l'ATF 132 II 305, que « les risques reposant sur de simples intuitions, spéculations ou hypothèses dénuées de fondement scientifique objectif ou sérieux ne sont, en principe, pas de nature à justifier des mesures de précaution ».⁵² Toutefois, le recours à la locution « en principe » sous-entend que des exceptions à l'exigence posée sont envisageables. Quant à la législation suisse, elle ne mentionne aucune référence à un seuil minimal de scientificité dans la mise en œuvre du principe de précaution. Seul le Message relatif à l'article 148a de la loi sur l'agriculture évoque que le risque doit être « scientifiquement plausible ».⁵³ Cette formulation, proche des « motifs raisonnables de s'inquiéter » parfois prévus en droit international, est à notre avis préférable aux conditions posées en droit de l'Union européenne concernant les indices de risque. Cela, d'une part, parce que des nouvelles activités ou technologies dont les retombées négatives sont inconnues pourraient requérir des mesures de précaution peu incisives, par exemple un suivi (*monitoring*) ou l'information des autorités, par le particulier, du développement des connaissances.⁵⁴ D'autre part, parce que plus on devient exigeant en termes d'indices, plus on écarte

⁴⁸ Arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 153

⁴⁹ EPINEY, p. 103

⁵⁰ Cf. par ex. les arrêts *Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark*, C 192/01, et *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, C-41/02

⁵¹ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 61 ; TSCHANNEN, *Commentaire ad art. 1 LPE*, n° 33

⁵² ATF 132 II 305, cons. 5.3

⁵³ Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole, p. 4512

⁵⁴ Dans ce sens FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 122

l'intervention étatique. Le recours à des adjectifs tels que « sérieux » ou « crédible », par exemple, permettent de limiter l'intervention étatique à des situations où l'incertitude scientifique est résiduelle.⁵⁵

Concernant un éventuel seuil de gravité, le Tribunal fédéral a tout d'abord exclu de façon générale les cas dits « de bagatelle » du champ d'application de l'article 11 de la loi sur la protection de l'environnement, dans le cadre de l'évaluation de la proportionnalité des mesures adoptées.⁵⁶ Puis, lors d'un revirement de jurisprudence, il a précisé que des efforts de prévention peuvent être exigés même si le dommage potentiel semble minime.⁵⁷ On voit ici un rapprochement avec le *Schadenminimierungsprinzip* du droit de l'Union européenne. Du reste, lorsque les juges ont considéré que le principe de précaution est inhérent à la législation relative à la lutte contre les épizooties ou aux produits thérapeutiques, ils n'ont pas soumis son applicabilité à un seuil de gravité. En effet, selon les lois en question, c'est bien l'obligation d'éviter l'apparition et la propagation de toute épizootie (art. 9 LFE) ou d'assurer la sécurité des médicaments relativement à leur utilité⁵⁸ qui est prévue. Dans ce dernier cas, il est envisageable qu'une mesure de précaution s'applique à un produit considéré comme peu utile même si l'atteinte potentielle semble mineure et, inversement, un risque grave peut être couru sciemment si la thérapie est indispensable. La relativité intrinsèque de l'appréciation de la sécurité des médicaments semble ainsi rendre inopérant un seuil de gravité à l'application du principe de précaution.

Dans la législation, la situation est contrastée. La loi sur le génie génétique ne pose pas la condition de la gravité ou de l'irréversibilité des dommages potentiels à la mise en œuvre du principe de précaution, identique en cela au protocole de Cartagena sur les risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique. Le projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires et le projet du 3 décembre 2010 de révision totale de la loi sur les épidémies non plus. On trouve par ailleurs une approche de minimisation des risques dans la législation sur les produits thérapeutiques prévoyant la mention, sur les emballages de tous les médicaments à usage humain, du conseil d'éviter l'automédication pendant la grossesse et l'allaitement⁵⁹, cela parce que des études systématiques démontrant l'innocuité des produits à l'égard de l'enfant à naître font défaut. Par contre, selon l'article 148a de la loi sur l'agriculture, le principe de précaution est applicable au seul cas où, si c'est un matériel végétal qui est en cause, celui-ci est susceptible d'être porteur « d'organismes nuisibles particulièrement dangereux ». En outre, soit la probabilité du risque doit être considérable (auquel cas l'on ne se trouve plus dans le champ d'application du principe de précaution), soit le risque doit être susceptible d'avoir des conséquences graves. C'est donc bien la gravité du risque qui justifie ici la mise en œuvre du principe de précaution, témoignant d'une volonté de restreindre son champ d'application.

⁵⁵ BALAÏDI, p. 84 ; BECK, p. 113 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 99-100 ; cf. ch. 5, pt. 5.1.2.B

⁵⁶ ATF 124 II 219, cons. 8b

⁵⁷ ATF 133 II 169, cons. 3.2

⁵⁸ Cf. ch. 6, pt. 6.2.1

⁵⁹ Annexe 5.1 ch. 3 al. 7 OEMéd

Nous constatons ainsi, concernant la condition de la gravité du risque, que le droit suisse, à l'instar de celui de l'Union européenne, est plus nuancé que le droit international. Il est en effet judicieux de faire dépendre la mise en œuvre du principe de précaution du caractère inacceptable du risque, donc du niveau de protection recherché, plutôt que de sa gravité, critère très subjectif, voire inopérant en matière de santé publique. Cela d'autant plus que l'objectif poursuivi peut requérir de minimiser toute atteinte.

8.1.3. L'évaluation préalable et continue des risques

Après avoir identifié les effets potentiellement négatifs d'un phénomène, il faut procéder, pour autant que les circonstances le permettent, à leur évaluation – opération centrale de la prévention des risques qui peut s'avérer difficile en situation d'incertitude. Nous avons vu en outre la nécessité d'adapter les mesures de précaution à l'évolution des connaissances⁶⁰, et allons examiner comment ces éléments ont été agencés.

A. En droit international

En droit international, des obligations de procéder à des études d'impact afin d'identifier les effets adverses d'une activité pour l'environnement se sont généralisées dès la fin des années 1970.⁶¹ Ces évaluations sont directement liées à la prévention des risques, puisqu'elles visent à fournir aux autorités les éléments pour décider si un régime de prévention ou de précaution doit être mis en œuvre.⁶² De nombreux instruments internationaux intégrant le principe de précaution prévoient ainsi la conduite d'une telle étude préalablement à la réalisation de projets susceptibles de nuire à l'environnement.⁶³ Ce qui fait dire à Julien CAZALA que « la nécessité de conduire une étude d'impact semble être induite dans la référence au principe de précaution », la décision d'appliquer celui-ci présupposant la réunion de données scientifiques pertinentes.⁶⁴ Notons cependant que le principe de précaution peut aussi être mis en œuvre lorsqu'une activité a déjà cours, donc indépendamment d'une étude d'impact au sens généralement accepté.⁶⁵

Par ailleurs, certains instruments internationaux où figure le principe de précaution prévoient l'évaluation continue des risques, par exemple le Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Selon le

⁶⁰ Cf. ch. 3, pts. 3.1.3 et 3.3.1

⁶¹ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 89 ; cf. notamment la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Espoo, 25 février 1991, Doc. NU E/ECE/1250, 1991

⁶² CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 90 et 93 ; TROUWBORST, p. 175

⁶³ Par exemple l'art. 14 de la Convention sur la diversité biologique, le principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ou l'art. 10 par. 1, l'art. 11 par. 6, l'art. 15 et l'annexe III du Protocole de Cartagena à la Convention sur la diversité biologique relatif à la prévention des risques biotechnologiques

⁶⁴ CAZALA, p. 91

⁶⁵ Sur la signification de « l'étude d'impact », cf. par ex. l'art. 1 VI de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière

paragraphe 6 de son préambule, les parties sont « déterminées à protéger la couche d'ozone en prenant des mesures de précaution pour réglementer équitablement le volume mondial des émissions de substances qui l'appauvrissent, l'objectif final étant de les éliminer en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques ». De même, la Convention-cadre sur les changements climatiques engage les Parties à établir, mettre à jour et publier des inventaires d'émissions anthropiques.⁶⁶ Ou encore l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relative à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs⁶⁷, adopté à New York le 4 août 1995. Cet instrument prévoit des efforts de recherche scientifique et la mise au point, par les Parties, de techniques appropriées à la conservation et à la gestion des pêcheries, ainsi que l'établissement de programmes de collectes de données et d'un plan de prévention.⁶⁸ L'Organisation mondiale de la santé préconise également la mise en place de programmes de recherche en situation d'incertitude scientifique quant aux risques.⁶⁹ Notons cependant qu'un instrument récent, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, ne mentionne aucune obligation d'évaluation continue des risques.

B. En droit de l'Union européenne

Dans le processus législatif visant le rapprochement des réglementations dans le domaine de la santé, de la sécurité, de la protection de l'environnement et de la protection des consommateurs, les institutions de l'Union européenne doivent tenir compte de « toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques » (art. 114 par. 3 du Traité de Lisbonne, ancien art. 95 par. 3 du Traité CE). Elles doivent donc tenir compte du développement des connaissances scientifiques lorsqu'elles évaluent un risque.⁷⁰ De fait, l'obligation d'évaluer les risques est généralement considérée en droit de l'Union européenne comme un préalable indispensable à l'application du principe de précaution.⁷¹

En matière de santé publique, une évaluation préalable des risques est prévue dans le cadre de certaines procédures d'autorisation ou de notification.⁷² Le principe de précaution peut cependant être mis en œuvre après l'octroi d'une autorisation ou concernant des produits ou des activités qui ne sont pas soumis à de telles procédures. Dans ces cas, l'obligation d'évaluer les risques a été nuancée. Selon la Commission, une mesure de précaution devrait être basée, sauf urgence ou catastrophe naturelle, sur une

⁶⁶ Art. 4 par. 1 let. a de la Convention-cadre sur les changements climatiques

⁶⁷ Doc. NU A/CONF.164/38 ; *RGDIP*, vol. 99, 1995, p. 731

⁶⁸ Art. 5 let. k et art. 6 par. 3 let. d de cet accord ; d'autres exemples sont mentionnés par TROUWBORST, p. 177, ainsi que CAZALA, p. 102

⁶⁹ OMS, *Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle sur l'environnement et la santé* (cf. p. 96, note 4), p. 8

⁷⁰ ARNDT, p. 192 et 199

⁷¹ Cf. ARNDT, p. 180 et 198-199

⁷² Cf. par ex. l'art. 14 par. 1 et l'art. 62 par. 4 let. d du règlement (CE) n° 1907/2006 (règlement REACH)

analyse des données scientifiques disponibles se rapportant au risque.⁷³ Elle précise que l'évaluation des risques consiste à identifier le danger, le caractériser (nature et gravité des effets défavorables, relations de cause à effet en jeu), évaluer l'exposition au danger et la caractérisation du risque (estimation de la probabilité, de la fréquence et de la gravité des effets défavorables pour l'environnement ou la santé), les incertitudes scientifiques pouvant affecter chacune de ces étapes.⁷⁴ La Commission a en outre décrit les caractéristiques de l'évaluation des risques en situation d'incertitude scientifique. Cette évaluation doit contenir des indications sur la fiabilité de l'analyse elle-même, sur les incertitudes résiduelles, le cas échéant sur les avis scientifiques divergents (qui doivent être pris en compte « à condition que la crédibilité et la réputation de cette fraction soient reconnues »), ainsi que sur les questions méritant de plus amples recherches, le niveau de protection souhaité et les conséquences d'une absence d'action.⁷⁵ La Commission reconnaît ainsi qu'une évaluation complète des risques n'est pas toujours possible en raison même de l'incertitude.⁷⁶

Le Tribunal de première instance a consacré de longs développements à ce sujet dans son arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99. Selon cet arrêt, « dans le contexte de l'application du principe de précaution, la réalisation d'une évaluation scientifique complète des risques [...] peut s'avérer impossible en raison de l'insuffisance des données scientifiques disponibles. L'accomplissement d'une telle évaluation scientifique complète peut en effet nécessiter la réalisation d'une recherche scientifique très approfondie et longue. Or, [...] sauf à vider le principe de précaution de son effet utile, l'impossibilité de réaliser une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité publique compétente de prendre des mesures préventives, si nécessaire à très brève échéance, lorsque de telles mesures apparaissent indispensables eu égard au niveau de risque pour la santé humaine déterminé par cette autorité comme étant inacceptable pour la société. Dans une telle situation, il incombe donc à l'autorité publique compétente de procéder à une mise en balance des obligations qui pèsent sur elle et de décider soit d'attendre que des résultats d'une recherche scientifique plus approfondie soient disponibles, soit d'agir sur la base des connaissances scientifiques disponibles ». ⁷⁷ Le Tribunal précise cependant : « l'autorité publique compétente doit veiller à ce que les mesures qu'elle prend, même s'il s'agit de mesures préventives, soient fondées sur une évaluation scientifique des risques aussi exhaustive que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce ». ⁷⁸ Une évaluation complète des risques n'est ainsi pas souhaitable non plus, outre les cas d'urgence et de catastrophe naturelle, lorsqu'elle revient à bloquer des mesures de

⁷³ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (cf. p. 57, note 62), p. 13 et 16 ; CHRISTOFOROU, p. 213-214 ; concernant différentes méthodes et lignes directrices en matière d'évaluation des risques au niveau communautaire, cf. CHRISTOFOROU, p. 214, note 22

⁷⁴ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (cf. p. 57, note 62), p. 13 et annexe III

⁷⁵ Idem, p. 13 et 16-17

⁷⁶ Cf. CHRISTOFOROU, p. 213, note 21 ; WEBER, VLCEK, p. 1

⁷⁷ Arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pts. 160-161

⁷⁸ Idem, pt. 162 ; cf. également l'arrêt *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, C-236/01, pt. 114

précaution qui s'imposent en raison de la gravité des risques soupçonnés.⁷⁹ Dans le même sens, le règlement (CE) 178/2002 prévoit, à son article 6, que « la législation alimentaire se fonde sur une analyse des risques, sauf dans les cas où cette approche n'est pas adaptée aux circonstances ou à la nature de la mesure ».

Quant au devoir d'évaluation continue des risques, il est exprimé lui aussi à l'article 114 paragraphe 3 du Traité de Lisbonne, mentionné ci-dessus. S'ensuit, selon la Commission, le caractère provisoire et l'impératif de réexamen des mesures de précaution à la lumière des nouvelles données. Elle précise que les recherches doivent être poursuivies et les mesures soumises à un suivi (*monitoring*) permettant de les réévaluer, leur caractère provisoire étant lié « à l'évolution des connaissances scientifiques plutôt qu'à un facteur temps ». ⁸⁰ Le provisoire peut donc être un « provisoire qui dure » si les connaissances n'évoluent pas de façon significative.

De telles exigences ne se retrouvent cependant pas telles quelles dans la jurisprudence de l'Union européenne. D'une part, selon les juges du Tribunal de première instance, le principe de précaution implique « que l'autorité compétente peut, sur une base scientifique encore lacunaire et dans l'attente de données scientifiques complémentaires, prendre à titre provisoire des mesures de protection préventives ». ⁸¹ Ce ne sont pas les mesures elles-mêmes qui doivent forcément être transitoires, mais plutôt l'évaluation de la situation par les autorités. Les juges ont ainsi estimé proportionnées des décisions fondées sur le principe de précaution qui n'avaient rien de provisoire, par exemple le retrait – et non la suspension – de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament, d'un additif dans l'alimentation pour animaux ou d'un produit phytopharmaceutique. ⁸² D'autre part, la jurisprudence ne mentionne aucun devoir des autorités d'effectuer un suivi scientifique ou des recherches jusqu'à ce que l'incertitude soit levée. Les juges écrivent uniquement que « lorsque des éléments nouveaux modifient la perception d'un risque ou montrent que ce risque peut être circonscrit par des mesures moins contraignantes que celles existantes, il appartient aux institutions, et notamment à la Commission, qui a le pouvoir d'initiative, de veiller à une adaptation de la réglementation aux données nouvelles ». ⁸³ Cela suppose que les pouvoirs publics se tiennent au courant de l'évolution des connaissances.

Au niveau législatif toutefois, des devoirs de recherche ont été prévus. Par exemple, le règlement (CE) 178/2002 précise que l'Autorité européenne de sécurité des aliments a

⁷⁹ DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 100-101

⁸⁰ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 20-21

⁸¹ Arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pt. 387

⁸² Arrêts *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00 ; *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, T-70/99 ; *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, T-392/02 ; *Bayer CropScience AG e.a. c. Commission des Communautés européennes*, T-75/06

⁸³ Arrêt *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, C-504/04, pt. 40 ; ordonnance du TPICE *République française c. Commission des Communautés européennes*, T 257/07 R, pt. 61

pour tâche de « rechercher, recueillir, rassembler, analyser et résumer les données scientifiques et techniques dans les domaines qui relèvent de sa mission » (art. 23 let. e). Quant au préambule de la directive 2001/18/CE, il mentionne que les États membres et la Commission devraient faire des recherches systématiques et indépendantes relatives aux risques liés aux OGM (pt. 21 du préambule).

Nous concluons de ce qui précède que l'apport du droit de l'Union européenne à l'égard de l'évaluation des risques est d'avoir précisé les caractéristiques d'une telle évaluation en situation d'incertitude scientifique. En outre, l'obligation d'y recourir a été nuancée lorsque cela revient à vider le principe de précaution de son effet utile.

C. En droit suisse

En droit suisse également, le principe de l'étude d'impact sur l'environnement figure dans la législation relative à la protection de l'environnement (art. 10a LPE) et est considéré comme un élément indissociable de la prévention des risques.⁸⁴ Par ailleurs, le devoir d'évaluer les risques pour l'environnement et/ou la santé est prévu par différents textes législatifs, à l'instar du droit de l'Union européenne, par exemple pour l'utilisation, la dissémination dans l'environnement ou la mise sur la marché de substances chimiques nouvelles, de produits phytosanitaires et biocides, ou d'organismes génétiquement modifiés.⁸⁵ L'évaluation des risques est également un élément de régimes d'« autocontrôle » par les particuliers.⁸⁶ Ces procédures sont mises en œuvre tant pour les risques certains qu'incertains, leur objectif étant précisément de mieux connaître les menaces afin de déterminer les mesures à prendre. Ainsi, selon le rapport fédéral interdépartemental sur le principe de précaution, celui-ci s'applique « le plus souvent en rapport avec une analyse ordinaire des risques », comprenant une évaluation des risques qui détermine la cause du danger, apprécie la menace pour l'homme, les animaux et l'environnement selon des principes scientifiques, et formule des stratégies et propositions pour réduire les risques. Cela « grâce à des recherches dans la littérature spécialisée et à la consultation d'experts dans le domaine concerné ». Les offices fédéraux qui ont participé à l'élaboration de ce rapport s'accordent sur le fait que « l'application [du principe de précaution] doit reposer sur une évaluation scientifique aussi complète que possible. Le degré de l'incertitude scientifique doit être déterminé autant que faire se peut ».⁸⁷

Parmi les dispositions légales qui mentionnent le principe de précaution, l'article 148a alinéa 1 de la loi sur l'agriculture fait allusion à une telle procédure : « des mesures de précaution peuvent être prises alors même que les informations scientifiques sont insuffisantes pour une évaluation complète du risque ». Le Message qui s'y rapporte précise que « la gestion des risques se fonde en grande partie sur les résultats de

⁸⁴ GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 77

⁸⁵ Art. 9 à 11 et art. 16 LChim et art. 17, art. 19 al. 2 let. d, art. 28 al. 2 let. d et annexe 4 de l'ordonnance du 10 septembre 2008 sur l'utilisation d'organismes dans l'environnement (ordonnance sur la dissémination dans l'environnement, ODE [RS 814.911])

⁸⁶ Cf. par ex. l'art. 4 al. 1 ODE

⁸⁷ Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 47, note 16), p. 5, 16 et 27

l'évaluation des risques ».⁸⁸ L'article 22 alinéa 1 du projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires prévoit, quant à lui, que « la sécurité d'une denrée alimentaire ou d'un objet usuel est évaluée sur la base d'une analyse des risques, sauf si cette approche n'est pas adaptée aux circonstances ». On remarque que si ces différentes sources concordent sur l'importance de fonder les mesures de précaution sur une évaluation des risques aussi complète que possible, seul le projet de révision de la loi sur les denrées alimentaires fait allusion aux situations où cette évaluation est impossible ou inadéquate en raison de l'urgence ou de la gravité des atteintes potentielles. Or, comme cela a été développé par la jurisprudence de l'Union européenne mentionnée au point précédent, la prise en compte de telles circonstances permet au principe de précaution de déployer pleinement son effet : l'autorité compétente doit parfois prendre des mesures à très brève échéance sans attendre que des résultats d'une recherche scientifique approfondie soient disponibles. Lorsque les autorités affirment qu'une évaluation des risques aussi complète que possible est un préalable à la mise en œuvre du principe de précaution, il faut ainsi comprendre que l'ampleur des possibilités d'évaluation dépend des circonstances particulières du cas d'espèce.

Quant à l'évaluation continue des risques, le projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires prévoit que l'autorité compétente prend des mesures de précaution provisoires « en attendant que de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'effectuer une évaluation plus complète » (art. 23 du projet LDAI). De même, selon l'article 148a alinéa 2 de la loi sur l'agriculture, les mesures prises en application du principe de précaution « doivent être réévaluées et adaptées dans un délai raisonnable à la lumière des nouveaux résultats scientifiques ». Le rapport fédéral interdépartemental sur le principe de précaution précise que le caractère provisoire des mesures de précaution signifie que ces dernières « doivent être régulièrement réexaminées à la lumière de nouvelles connaissances scientifiques, et au besoin adaptées ».⁸⁹ Cette compréhension de la nature transitoire des mesures de précaution correspond tant à la jurisprudence de l'Union européenne qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral ; celui-ci a rappelé le devoir d'observation, d'évaluation et, si nécessaire, de correction incombant aux autorités lorsque les mesures sont déterminées d'après l'état des connaissances.⁹⁰

Précisons que dans notre ordre juridique, ce devoir d'évaluation et d'adaptation aux connaissances scientifiques qui incombe aux pouvoirs publics découle de l'article 170 Cst., selon lequel « l'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation ».⁹¹ Il se fonde parfois sur des dispositions légales prévoyant que les autorités effectuent un tel contrôle d'efficacité (art. 44 al. 1 LPE), ou revoient l'estimation des risques périodiquement/lorsque des nouvelles connaissances sont disponibles et, le cas échéant, la corrigent (art. 16 al. 5

⁸⁸ Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole, p. 4511

⁸⁹ Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 47, note 16), p. 28

⁹⁰ Cf. par ex. l'ATF 126 II 399, cons. 4c

⁹¹ Cf. FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 121

LChim), ou réexaminent les autorisations délivrées (art. 13 LGG, art. 16 al. 2 LPTh). On peut aussi estimer que ce devoir découle implicitement des prérogatives exécutives de l'administration.⁹²

Concernant la surveillance et l'évaluation des risques dans une démarche prospective (veille sanitaire, par exemple), elles sont considérées comme incombant à l'État dans l'exécution de son mandat de prévention des risques, certains ou incertains. Markus MOHLER l'exprime ainsi : « grundlegende Pflicht des Staates in sicherheitspolitischer und –rechtlicher Hinsicht, die auch nicht dem Subsidiaritätsprinzip unterliegt, ist es, nicht erkannte, aber erkennbare Gefahren bzw. Risiken auf ein Minimum des Nichtwissens zu reduzieren ».⁹³ Lorsque la surveillance des risques n'empiète pas sur la sphère juridique des particuliers ou qu'une intervention étatique n'est, dans un but d'élucidation des faits, que ponctuelle et de moindre portée pour ceux-ci, elle ne nécessite pas de base légale expresse.⁹⁴ Elle peut cependant impliquer un recueil plus actif d'informations par le biais d'enquêtes ou de recherches. Par exemple, la loi sur la protection de l'environnement prévoit que la Confédération et les cantons procèdent à des enquêtes sur les nuisances grevant l'environnement (art. 44 al. 1 LPE), tout comme l'Office vétérinaire fédéral peut faire des enquêtes pour évaluer la situation en matière d'épizooties (art. 57 al. 3 let. b LFE). L'ordonnance sur la dissémination dans l'environnement prescrit en outre la mise en place d'une surveillance environnementale (art. 51 ODE) destiné à reconnaître suffisamment tôt les risques éventuels pour l'environnement et les atteintes à la diversité biologique. Par ailleurs, certaines dispositions légales prévoient que la Confédération peut commander et soutenir des programmes de recherche et des évaluations de choix technologiques (art. 49 al. 2 LPE, 26 al. 1 LGG). Le projet du 3 décembre 2010 de révision totale de la loi sur les épidémies, qui compte l'acquisition des connaissances nécessaires à la surveillance épidémiologique au nombre de ses buts (art. 2 al. 2 let. a projet LEp), énumère également tout un arsenal de mesures visant au dépistage précoce et à la surveillance des maladies transmissibles (art. 11 à 15 projet LEp). Quant au projet de loi sur la prévention et la promotion de la santé⁹⁵, il prévoit l'encouragement de la collecte de données sur certaines maladies (art. 18). Notons en outre que la surveillance des risques est souvent partagée avec les particuliers, qui se voient attribuer la tâche d'informer les autorités : par exemple, si de nouvelles connaissances ont été acquises relativement aux produits concernés (art. 17 LChim) ; à propos de tout élément nouveau susceptible

⁹² Rapport final du groupe de contact interdépartemental « Evaluation de l'efficacité » à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, *Efficacité des mesures prises par la Confédération. Propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Berne, 14 juin 2004, p. 44, disponible sous http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/evaluation/umsetzung_art_170.html (consulté le 15 janvier 2010)

⁹³ MOHLER, p. 564 ; concernant la prévention des épidémies, art. 5. 1 du Règlement sanitaire international

⁹⁴ REINHARD VON SUMISWALD, p. 110 et 118

⁹⁵ Disponible sur le site Internet de l'Ofsp, sous <http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/07492/index.html?lang=fr> (consulté le 1^{er} octobre 2010)

d'entraîner une réévaluation des dangers ou des atteintes (art. 13 LGG) ; ou, plus simplement, à propos de tout élément suspect (art. 11 al. 2 LFE).

Nous constatons que dans les ordres juridiques étudiés, le devoir d'évaluer les risques de façon continue vise à détecter les menaces dans une démarche prospective et à vérifier l'efficacité des mesures de précaution. L'évaluation continue des risques suppose, d'une part, de suivre l'évolution des connaissances scientifiques, le cas échéant de recueillir les informations pertinentes par le biais d'enquêtes ou de recherches propres ou déléguées (action qui doit reposer sur une base légale autorisant le prélèvement d'informations⁹⁶). En découle, d'autre part, le devoir d'adapter les mesures au développement des connaissances. Cela n'a rien de spécifique à la mise en œuvre du principe de précaution mais vaut aussi⁹⁷, et à plus forte raison, lorsque l'état du savoir est instable ou controversé.

8.1.4. La transparence et la participation du public

La transparence permet l'association de tiers à l'acquisition des connaissances ainsi que la participation du public aux choix en matière de risques. Elle favorise donc la pluralité de l'expertise et une prise en compte adéquate des risques scientifiquement incertains. Ce sont, nous l'avons évoqué, des éléments nécessaires à une mise en œuvre effective du principe de précaution.⁹⁸

A. En droit international

La doctrine internationaliste a mis en évidence les liens entre principe de précaution et échange d'informations, ainsi que le rôle décisif que remplissent à cet égard les organisations internationales, comme, au sein des Nations Unies, le Programme des Nations Unies pour l'environnement ou l'Organisation mondiale de la santé.⁹⁹ Si tous les instruments internationaux où figure le principe de précaution prévoient une collaboration interétatique, la diffusion de connaissances scientifiques est explicitement mentionnée par certains d'entre eux : par exemple, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁰⁰, la Convention-cadre sur les changements climatiques¹⁰¹, ou le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique.¹⁰² Parfois, des systèmes de centralisation des données scientifiques sont instaurés.¹⁰³ On voit donc qu'en droit international, le devoir de transparence – la mise à disposition de données scientifiques entre États – est parfois corrélé au principe de précaution. Cette coopération scientifique interétatique favorise la pluralité de l'expertise, rarement prévue par les instruments internationaux, mais que l'on retrouve dans les systèmes

⁹⁶ Rapport final du groupe de contact interdépartemental « Evaluation de l'efficacité » (cf. p. 183, note 92), p. 11

⁹⁷ Cf. REINHARD VON SUMISWALD, p. 118

⁹⁸ Cf. ch. 3, pts. 3.1.3 et 3.1.4

⁹⁹ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 281

¹⁰⁰ Principe 9 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement

¹⁰¹ Art. 4 par.1 let. h de la Convention-cadre sur les changements climatiques

¹⁰² Art. 20 du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques

¹⁰³ Sur le tout, CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 281-282

d'expertise multilatérale mis en place au niveau international.¹⁰⁴ Selon Julien CAZALA, contrairement au domaine de la protection de l'environnement et à l'exception de quelques prémisses de coopération telles que le Règlement sanitaire international, le domaine de la sécurité sanitaire est peu ouvert à une collaboration entre États. En effet, les risques pour la santé, comme ceux liés aux promoteurs de croissance hormonaux pour animaux de rente, aux organismes génétiquement modifiés ou aux produits chimiques, sont généralement très diversement appréciés selon les pays, d'autant plus qu'ils impliquent d'importants enjeux économiques.¹⁰⁵

Par ailleurs, sans lien spécifique avec le principe de précaution mais parallèlement à son apparition, un droit d'accès à l'information et de participation en matière environnementale s'est généralisé en droit international.¹⁰⁶ Selon le principe 10 de la Déclaration de Rio, par exemple, « au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer au processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci ». Quant à l'Organisation mondiale de la santé, elle préconise également d'accroître la transparence des processus décisionnel et d'élargir le cercle des personnes qui y prennent part, en particulier dans un contexte d'incertitude scientifique.¹⁰⁷

B. En droit de l'Union européenne

Selon la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, les autorités doivent suivre des procédures aussi transparentes que possible lorsqu'elles mettent en œuvre le principe de précaution, et impliquer toutes les parties concernées dans l'étude des diverses options envisageables.¹⁰⁸

Concernant la procédure administrative, le droit dérivé prévoit parfois de façon générale que l'évaluation des risques doit être menée de façon transparente.¹⁰⁹ La jurisprudence a précisé que lorsqu'une décision est fondée sur l'avis d'un comité d'experts, cet avis doit être formulé de façon cohérente et compréhensible, invoquer les rapports et expertises sur lesquels il s'appuie, préciser le cas échéant pourquoi il s'en écarte, obligations qui s'imposent « tout spécialement en cas d'incertitude scientifique ».¹¹⁰ Cela permet de

¹⁰⁴ Idem, p. 100-101

¹⁰⁵ Idem, p. 305-306

¹⁰⁶ Idem, p. 281 ; cf. la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement par laquelle les États signataires se sont engagés à garantir l'accès à l'information et à la justice en matière d'environnement, disponible sous <http://www.unece.org/env/pp/> (consulté le 29 juin 2010)

¹⁰⁷ OMS, *Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle sur l'environnement et la santé* (cf. p. 96, note 4), p. 7-8

¹⁰⁸ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution* (cf. p. 57, note 62), p. 17

¹⁰⁹ Cf. par ex. l'art. 6 du règlement 178/2002, ainsi que l'annexe II, pt. B de la directive 2001/18/CE

¹¹⁰ Arrêt *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 200

vérifier qu'il y a eu une évaluation approfondie et objective, fondée sur une confrontation des thèses les plus représentatives et des positions avancées par les parties.¹¹¹ Il s'agit tant d'une garantie contre l'arbitraire étatique que d'une façon de favoriser la pluralité de l'expertise, n'allant cependant pas au delà des investigations effectuées par les autorités directement impliquées et les parties à la procédure.

Concernant l'ensemble de la population, les tâches d'information et d'implication du public par les autorités sont surtout développées en matière de protection de l'environnement. La directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement¹¹², la directive 2003/35 du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement¹¹³, et le règlement (CE) 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale¹¹⁴, ne connaissent pas d'équivalent en matière de santé publique.

Certains textes législatifs récents de l'Union européenne témoignent cependant d'une évolution à cet égard. Concernant les denrées alimentaires, par exemple, il est prévu que « les citoyens sont consultés de manière ouverte et transparente, directement ou par l'intermédiaire d'organismes représentatifs, au cours de l'élaboration, de l'évaluation et de la révision de la législation [...], sauf si l'urgence de la question ne le permet pas » (art. 9 du règlement (CE) 178/2002). D'autres dispositions prévoient plus spécifiquement que le public est informé de façon active et détaillée sur les risques pour la santé, ou consulté à leur sujet. Selon le règlement mentionné, par exemple, « sans préjudice des dispositions du droit communautaire et du droit national applicables en matière d'accès aux documents, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une denrée alimentaire ou un aliment pour animaux peut présenter un risque pour la santé humaine ou animale, les pouvoirs publics prennent, en fonction de la nature, de la gravité et de l'ampleur de ce risque, des mesures appropriées pour informer la population de la nature du risque pour la santé, en identifiant le plus complètement possible la denrée alimentaire ou l'aliment pour animaux, ou le type de denrée alimentaire ou d'aliment pour animaux, le risque qu'il peut présenter et les mesures qui sont prises ou sur le point d'être prises pour prévenir, réduire ou éliminer ce risque » (art. 10). En matière d'organismes génétiquement modifiés, il est prévu que les États membres consultent le public sur les disséminations et mises sur le marché d'OGM envisagées¹¹⁵, que les États membres et la Commission publient les informations qu'ils

111

Idem

112

JO n° L 041 du 14 février 2003

113

JO n° L 156 du 25 juin 2003

114

JO n° L 264/13 du 25 septembre 2006

115

Art. 9 par. 1 et art. 24 par. 1 de la directive 2001/18/CE

récoltent quant aux risques¹¹⁶, et que les produits et denrées alimentaires contenant des OGM sont obligatoirement étiquetés comme tels.¹¹⁷

L'accès des personnes aux informations dont disposent les autorités en matière de risque est également précisé, de façon plus ou moins étendue, dans la législation de l'Union européenne relative à la santé publique. Le règlement (CE) 1829/2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés prévoit, par exemple, que les particuliers peuvent accéder à des documents tels que les demandes d'autorisation, les avis des autorités compétentes ou les rapports de monitoring, même en cours de procédure d'autorisation (art. 29 par. 1). Les documents qui ne sont en aucun cas soumis à la confidentialité, par exemple les effets sur la santé humaine, animale et sur l'environnement, sont en outre énumérés (art. 30). Concernant la sécurité des produits, des obligations de transparence, moins détaillées, sont prévues dans la directive 2001/95/CE : « les informations dont disposent les autorités des États membres ou la Commission, ayant trait aux risques que présentent des produits pour la santé et la sécurité des consommateurs, sont, en général, à la disposition du public, conformément aux exigences de transparence, sans préjudice des restrictions nécessaires aux activités de contrôle et d'enquête. En particulier, le public aura accès aux informations sur l'identification des produits, sur la nature du risque et sur les mesures prises » (art. 16 par. 1).

La transparence quant aux activités de certaines autorités de l'Union européenne est particulièrement développée. Le règlement (CE) 178/2002 prévoit que l'Autorité européenne de sécurité des aliments rend publics, entre autres, les ordres du jour et comptes rendus des réunions d'experts, les avis scientifiques – avis minoritaires inclus – et les informations sur lesquelles se fondent ces avis, ainsi que les résultats des études scientifiques. En outre, son conseil d'administration tient en principe ses séances en public et peut autoriser des représentants des consommateurs ou d'autres intéressés à participer en tant qu'observateurs à certains travaux de l'autorité (art. 38). Il s'agit d'un large accès à l'expertise, non expurgée des avis divergents. Quant à l'Agence européenne des médicaments, elle publie les avis et rapports des comités sur lesquels elle se fonde pour évaluer la mise sur le marché de produits thérapeutiques (avis minoritaires inclus¹¹⁸), exception faite des données présentant un caractère de confidentialité commerciale. Elle publie également les refus d'autorisation et les raisons qui les ont motivés.¹¹⁹ En cas de conflit irrésolu entre les avis scientifiques de cette

¹¹⁶ Art. 20 par. 4 de la directive 2001/18/CE

¹¹⁷ Art. 19 par. 3 let. e de la directive 2001/18/CE ; art. 12, 13, 24 et 25 du règlement (CE) 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés (JO n° L 268/1 du 18 octobre 2003)

¹¹⁸ Art. 15 par. 2 de la Décision 2004/210/CE de la Commission du 3 mars 2004 instituant des comités scientifiques dans le domaine de la sécurité des consommateurs, de la santé publique et de l'environnement (JO n° L 066 du 4 mars 2004)

¹¹⁹ Voir l'art. 5, l'art. 11, l'art. 12 par. 3, l'art. 13 par. 3, l'art. 22, l'art. 30 par. 3, l'art. 37 par. 3, l'art. 38 par. 3 et l'art. 47 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (JO n° L 136/1 du 30 avril 2004)

agence et ceux d'autres agences ou comités, le document clarifiant les points du conflit est rendu public.¹²⁰ En outre, il est prévu que des représentants des consommateurs et des patients puissent participer en tant qu'observateurs à certains de ses travaux, et que ses comités scientifiques établissent, pour les questions d'ordre général, des contacts à caractère consultatif avec les parties concernées par l'utilisation des produits.¹²¹ Afin de ne pas menacer une communication ouverte au sein de ces deux agences, le compte rendu exact des discussions internes n'est cependant pas publié.¹²²

On constate que des devoirs de transparence, relativement aux risques, aux expertises et aux mesures prises en matière de santé publique, ont été instaurés par certaines législations récentes de l'Union européenne. Parfois il est prévu que la population ou les milieux intéressés soient consultés. Cela favorise évidemment la participation du public, mais ne suffit pas à garantir qu'il puisse réellement intervenir. Concernant les organismes génétiquement modifiés, par exemple, les obligations étendues de communication et de consultation n'empêchent pas que certains produits à base d'OGM ou qui en contiennent soient mis sur le marché d'États membres contre leur avis.¹²³ Par ailleurs, selon la Commission européenne, les autorités doivent impliquer toutes les parties concernées à l'étude des diverses options envisageables en matière de gestion du risque. Or cela devrait supposer que des représentants de patients, de consommateurs ou d'utilisateurs soient associés à l'élaboration même des textes législatifs, et pas seulement invités à se prononcer sur des projets déjà formulés, afin d'améliorer la prise en compte de l'intérêt général.¹²⁴ Rien de tel n'est prévu dans la législation mentionnée de l'Union européenne.

C. En droit suisse

Examinons tout d'abord ce que disent les autorités fédérales. Selon le rapport interdépartemental sur le principe de précaution, il faut que les procédures soient transparentes en situation d'incertitude scientifique. Les résultats de l'évaluation des risques ainsi que les mesures prises doivent être communiqués de façon compréhensible aux personnes concernées, voire au grand public. En outre, les lacunes et les incertitudes sont signalées dans cette évaluation. Il est précisé que les milieux intéressés sont rapidement impliqués et que « les craintes et préoccupations de la population doivent être prises au sérieux autant que les risques scientifiquement reconnus », afin de renforcer la confiance des particuliers et de faciliter l'acceptation des mesures.¹²⁵ On

¹²⁰ Art. 59 par. 3 et 4 du règlement (CE) n° 726/2004

¹²¹ Art. 78 du règlement (CE) n° 726/2004

¹²² EFSA, *Openness, Transparency and Confidentiality*, MB 16.09.2003 - 13 - Agreed, p. 2, disponible sous <http://www.efsa.europa.eu/en/values/transparency.htm> (consulté le 28 juin 2010) ; EMEA, *Rule for the Implementation of Regulation (EC) No 1049/2001 on access to EMEA documents*, EMEA/MB/203359/2006 Rev 1 Adopted, 19 décembre 2006, art. 3 al. 3, disponible sous <http://www.ema.europa.eu/pdfs/general/manage/mbar/20335906en.pdf> (consulté le 28 juin 2010)

¹²³ Voir par ex. l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich et République d'Autriche c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-439/05 P et C-454/05 P

¹²⁴ Cf. ch. 3, pt. 3.1.4

¹²⁵ Rapport interdépartemental, *Le principe de précaution en Suisse et au plan international* (cf. p. 51, note 16), p. 5-6, 16 et 28

peut y lire une volonté d'informer le public de façon objective, même si un souci d'image et d'efficacité apparaît au premier plan.

Au sein de la procédure administrative et judiciaire, l'impératif de transparence trouve un ancrage dans le droit de consulter le dossier, élément du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.).¹²⁶ Concernant l'accès aux expertises, la jurisprudence distingue les expertises auxquelles l'autorité peut recourir pour élucider un état de fait (art. 12 PA) et les expertises internes à l'administration, qui n'ont pas de caractère probatoire, servent exclusivement à préparer les décisions et sont tenues secrètes (art. 26 al. 1 a contrario PA).¹²⁷ Si l'administration recourt à une expertise externe, elle devra la soumettre à la partie avant la décision, afin de lui donner l'occasion de se prononcer sur son contenu ; l'exercice du droit d'être entendu contribue ainsi à l'élucidation des faits¹²⁸ et favorise une certaine pluralité de l'expertise. Quant aux expertises internes, leur existence n'est parfois même pas signalée.¹²⁹ Le Tribunal fédéral a cependant précisé que les expertises relatives à des faits controversés ne sont pas considérées comme internes, contrairement aux rapports qui se bornent à évaluer des faits établis.¹³⁰

L'impératif de transparence se traduit également par le devoir de l'autorité de motiver suffisamment ses décisions, rattaché lui aussi au droit d'être entendu¹³¹, qui vise à ce que le particulier connaisse les raisons du choix des pouvoirs publics. La motivation doit donc porter sur les arguments des parties ainsi que sur tous les éléments de nature à influencer de manière déterminante le contenu de la décision. Elle devra être d'autant plus complète que le pouvoir d'appréciation de l'autorité est grand, que la décision porte gravement atteinte à un droit constitutionnel de l'intéressé, ou que l'affaire est complexe.¹³² L'incertitude scientifique présupposant en soi une situation complexe, et la mise en œuvre du principe de précaution une importante marge de manœuvre des autorités, une mesure de précaution prise à l'égard d'un particulier devra forcément reposer sur une motivation détaillée. Par ailleurs, à l'instar de la jurisprudence de l'Union européenne, les juges du Tribunal fédéral ont exigé que la motivation de la décision soit cohérente et compréhensible pour des non spécialistes, même lorsque l'administration s'appuie sur l'avis d'experts.¹³³ Cette précision figure également dans l'ordonnance sur la dissémination dans l'environnement, selon laquelle l'estimation de l'acceptabilité des risques doit être présentée de manière compréhensible (ch. 1 al. 3 de l'annexe 4 ODE).

Concernant l'ensemble de la population, il faut mentionner tout d'abord l'accès aux données en application de la loi fédérale sur le principe de la transparence de

¹²⁶ AUBERT, MAHON, p. 267-268 ; MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 285

¹²⁷ Cf. par ex. les ATF 113 Ia 286, cons. 2d ; 115 I 297, cons. 2g/aa

¹²⁸ Cf. par ex. l'ATF 115 I 297, cons. 2e

¹²⁹ Cf. ATF 115 V 297, cons. 2g/cc

¹³⁰ Idem, cons. 2g/bb ; 104 Ia 69, cons. 3b

¹³¹ AUBERT, MAHON, p. 268

¹³² ATF 129 I 232, cons. 3.3 ; 112 Ia 107, cons. 2b ; 111 Ia 2, cons. 4b ; MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 299 et 300-301

¹³³ ATF 118 V 56, cons. 5a

l'administration¹³⁴, nécessitant cependant une demande ciblée, permettant des exceptions, et qui n'est autorisé qu'après la décision administrative en question.¹³⁵ Il y a par ailleurs de nombreuses normes qui prévoient, souvent de façon assez vague, l'information du public par les autorités fédérales.¹³⁶ Au-delà de ces dispositions générales, la transparence concernant les risques a été étendue surtout en matière de protection de l'environnement et d'organismes génétiquement modifiés. D'une part, les particuliers ont un accès direct à certains documents dans le cadre de la procédure de l'étude d'impact sur l'environnement, les résultats de cette étude étant en principe accessibles en cours de procédure (art. 10d LPE). D'autre part, les autorités publient ou notifient aux organisations de protection de l'environnement les décisions contre lesquelles elles peuvent faire opposition ou recourir (art. 55a et art. 55f al. 3 LPE). On trouve des dispositions semblables dans la législation sur le génie génétique dans le domaine non humain¹³⁷, où il est précisé que le résumé de l'évaluation du risque n'est pas confidentiel (art. 54 al. 4 let. g ODE). En outre, la Confédération et les commissions d'experts externes engagent le débat public sur les questions relevant de la biotechnologie (art. 26 al. 2, art. 22 al. 4 et art. 23 al. 5 LGG).

On remarque que le législateur a prévu en la matière une communication active des autorités concernant les risques et les mesures prises, afin notamment que les organisations désignées puissent exercer leur droit de recours. Ce qui, couplé avec la consultation de représentants de la société civile dans l'élaboration des lois¹³⁸ et le système de démocratie semi-directe, favorise la participation de la population aux choix en matière de risques. Cependant, à l'instar du droit de l'Union européenne, l'implication du public dans la procédure législative consiste à lui permettre de s'exprimer sur des projets déjà formulés. Selon Pierre MOOR, à propos du travail législatif, « peut-être faudrait-il [...] réétudier la publicité et la représentativité feutrées des commissions d'experts et des procédures semi-confidentielles de consultation ».¹³⁹

Nous remarquons également qu'en Suisse, la transparence des activités étatiques en matière de protection de l'environnement semble comparable à ce qui est prévu en droit de l'Union européenne. Cela vaut également pour la sécurité des produits, où le droit suisse mentionne désormais que les organes d'exécution « rendent accessibles au public les informations dont ils disposent sur la dangerosité de certains produits et sur les mesures qui ont été prises ».¹⁴⁰ Quant au projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires, il prévoit, tout comme la législation de l'Union européenne, que les autorités informent le public sur « les denrées alimentaires et les objets usuels pour lesquels il existe des raisons suffisantes de soupçonner qu'ils présentent un risque pour la santé » (art. 24 al. 1 let. b du projet LDAI). La

¹³⁴ Loi sur la transparence (LTrans, RS 152.3)

¹³⁵ Art. 6 à 8 LTrans

¹³⁶ Cf. art. 180 al. 2 Cst., art. 10 LOGA, ainsi que, par ex., art. 67 LPTh ; sur le tout, MAHON, p. 250-255 et 304

¹³⁷ Art. 24, 36 al. 2, 38 al. 3 et 42 al. 2 ODE

¹³⁸ Art. 3 de la loi fédérale sur la procédure de consultation (RS 172.061)

¹³⁹ MOOR, *La notion de participation*, p. 29

¹⁴⁰ Art. 10 al. 4 LSPro

réglementation suisse va par contre moins loin concernant la publication d'expertises, qui demeurent secrètes par exemple au sein de l'Institut suisse des produits thérapeutiques, et la présence d'observateurs aux travaux des autorités.

Nous pouvons conclure ce point sur le constat qu'en l'absence d'ancrage législatif, la transparence prônée dans le rapport interdépartemental sur le principe de précaution n'est que partiellement mise en œuvre par les autorités fédérales, même si des efforts de communication sont manifestement entrepris pour rassurer le chaland. Concernant les perturbateurs endocriniens ou les nanotechnologies, par exemple, les risques soupçonnés sont ouvertement évoqués et commentés dans des documents accessibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la santé publique ; y manque toutefois une explication, autre que l'incertitude scientifique, de l'absence de mesures à proprement parler préventives.¹⁴¹ Quant à l'Office vétérinaire fédéral, nous avons vu qu'il élude la problématique soulevée par l'importation de « bœuf aux hormones »¹⁴², alors que les risques soupçonnés sont qualifiés de sérieux par certains chercheurs reconnus.¹⁴³

Nous remarquons également que les particuliers ne sont que peu impliqués dans les choix en matière de risque pour la santé, puisque la législation s'élabore généralement en l'absence de représentants des milieux intéressés (patients, consommateurs, utilisateurs), et que les organisations à but idéal n'ont pas accès à la justice dans ce domaine. De nombreuses décisions, par exemple celles autorisant la mise sur le marché de produits potentiellement dangereux, demeurent par conséquent soustraites à tout contrôle juridictionnel. Selon Olivier GUILLOD et Christoph ZENGER, en matière de santé publique, « la participation des personnes concernées au processus décisionnel étatique n'est pas assez développée (procédure de consultation, participation aux commissions, droit de recours, etc.) ».¹⁴⁴ En situation d'incertitude scientifique, cette lacune est d'autant plus flagrante que les choix en matière de risques devraient être débattus par ceux qui y sont exposés. En outre, la participation du public aux procédures de décision ainsi que l'élargissement de l'accès à la justice permettent de mieux garantir la pluralité de l'expertise.

8.1.5. L'exigence de proportionnalité

Le principe de précaution suppose d'accorder a priori un poids plus important à la protection de l'environnement ou de la santé par rapport aux intérêts divergents, principalement économiques. Cela n'empêche pas que des mesures manifestement disproportionnées soient sanctionnées comme telles.¹⁴⁵ Or de nombreux textes, dans les ordres juridiques étudiés, font dépendre l'application du principe de précaution de la proportionnalité des mesures envisagées. Nous allons donc y revenir brièvement et évaluer l'impact de telles clauses sur l'effectivité du principe de précaution.

¹⁴¹ Cf. ch. 5, pt. 5.3.3

¹⁴² Idem

¹⁴³ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 172ss

¹⁴⁴ GUILLOD, ZENGER, p. 170

¹⁴⁵ Cf. ch. 7, pt. 7.3.2

A. En droit international

La condition de la proportionnalité des mesures de précaution est exprimée au principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités ». ¹⁴⁶ La plupart des instruments internationaux intégrant le principe de précaution sont toutefois muets sur la question des coûts ¹⁴⁷, à quelques exceptions près telle que la Convention-cadre sur les changements climatiques. Cette convention prévoit que les moyens à mettre en œuvre en application du principe de précaution varient en fonction de leurs coûts, notamment économiques, et de leur efficacité à prévenir la dégradation de l'environnement. ¹⁴⁸ Il ne semble pas exister, à l'heure actuelle, de position claire sur la question de la prise en compte systématique ou non de considérations économiques dans la mise en œuvre du principe de précaution. ¹⁴⁹ En tout état de cause, on constate que dans la Résolution 44/225 concernant le renoncement à l'usage des filets dérivants ¹⁵⁰, l'Assemblée générale des Nations Unies a admis qu'en présence de risques graves, des mesures de précaution peuvent être prises indépendamment de leurs coûts économiques et sociaux.

B. En droit de l'Union européenne

L'exigence de proportionnalité des mesures de précaution est exprimée à l'article 191 paragraphe 3 du Traité de Lisbonne, selon lequel, dans l'élaboration de son action en matière d'environnement, l'Union européenne tient compte des avantages et des charges qui peuvent en résulter. Dans le droit dérivé également, le principe de proportionnalité est parfois mentionné ou concrétisé en relation avec le principe de précaution. L'article 7 du règlement (CE) 178/2002, par exemple, prévoit que « les mesures adoptées en application du [principe de précaution] sont proportionnées et n'imposent pas plus de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et d'autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question ». Il semble que l'on puisse attribuer une fonction essentiellement symbolique à cette disposition, en raison de son indétermination ainsi que de l'existence d'un autre principe dégagé par la jurisprudence, celui de la prééminence de la protection de la santé publique par rapport aux considérations économiques. ¹⁵¹

¹⁴⁶ Également art. 4 par. 3 de la Convention sur la protection du milieu marin et du littoral en Méditerranée ; cf. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution : nature, contenu et limites*, p. 82 ; NOLLKAEMPER, p. 88-89

¹⁴⁷ NOLLKAEMPER, p. 76

¹⁴⁸ Cf. art. 3 par. 3 de la Convention-cadre sur les changements climatiques

¹⁴⁹ Cf. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 141-142 ; NOLLKAEMPER, p. 76 et 79-81

¹⁵⁰ Résolution 44/225 de l'Assemblée générale des Nations Unies, *La pêche aux grands filets pélagiques dérivants et ses conséquences sur les ressources biologiques des océans et des mers*, 22 décembre 1989, doc. NU A/RES/44/225 ; cf. NOLLKAEMPER, p. 86 ; CAZALA, p. 147

¹⁵¹ Sur ce principe, cf. arrêt *Artegodan GmbH e.a. c. Commission des Communautés européennes*, dans les affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 173

C. En droit suisse

L'article 74 alinéa 2 Cst., auquel est rattaché le principe de précaution en droit de l'environnement, ne mentionne pas l'exigence de proportionnalité ; l'option de prévoir que les mesures en question doivent être possibles et économiquement supportables fut écartée lors des débats parlementaires, pour le motif qu'elle était inutile.¹⁵² On peut néanmoins se demander si, dans le cas contraire, des exigences de proportionnalité particulièrement strictes auraient restreint l'intervention étatique en matière de protection de l'environnement.¹⁵³

Le législateur suisse a parfois, comme son homologue de l'Union européenne, rappelé – voire concrétisé – le principe de la proportionnalité au cœur même de dispositions relatives à la prévention des atteintes. L'article 11 alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement prévoit que la limitation des émissions à titre préventif doit être économiquement supportable et possible selon l'état de la technique et les conditions d'exploitation. Or une telle exigence n'est pas transposable à toute mise en œuvre du principe de précaution : en présence d'un risque grave, une mesure – par exemple le retrait d'un produit du marché – peut s'imposer même si elle n'est pas supportable, d'un point de vue économique, pour les acteurs concernés.¹⁵⁴ En matière de santé publique, la loi sur le génie génétique et le projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires sont d'ailleurs muets sur la proportionnalité de l'action de précaution. Par contre, selon l'article 7 de l'avant-projet du 21 décembre 2007 de révision totale de la loi fédérale sur les épidémies, « afin de prévenir et de limiter à temps les dangers et les atteintes à la santé publique, les mesures de précaution nécessaires, appropriées et raisonnablement exigibles doivent être prises ». La généralité d'une telle formulation lui confère une portée plutôt symbolique.

Nous constatons que dans les ordres juridiques étudiés, une mention de la proportionnalité des mesures dans les dispositions prévoyant la mise en œuvre du principe de précaution est susceptible d'affecter l'effectivité de celui-ci. Si le texte fait référence aux circonstances du cas d'espèce ou au caractère « nécessaire, appropriée et raisonnablement exigible » des mesures, il peut s'agir d'un simple rappel, sans incidence propre, de l'exigence de proportionnalité de toute action étatique. Mais si ce principe est concrétisé de façon contraignante, comme dans l'article 11 alinéa 2 de la loi sur la protection de l'environnement, alors une telle formulation est de nature à limiter la portée du principe de précaution.¹⁵⁵

¹⁵² Cf. BO CE 1998, Réforme de la Constitution fédérale, p. 176

¹⁵³ MADER, *Die Umwelt in neuer Verfassung*, p. 117-118

¹⁵⁴ Cf. FAVRE, JUNGO, p. 23 ; ch. 7, pts. 7.2.2 et 7.3.2

¹⁵⁵ Cf. ch. 7, pts. 7.2 et 7.3.2

8.2. L'impact du principe de précaution

Nous avons évoqué, au chapitre 3, que les incidences de la mise en œuvre du principe de précaution sur l'administration de la preuve sont controversées. Nous allons donc y revenir quelque peu. Quant à la possibilité d'imputer une responsabilité pour excès ou insuffisance de précaution, les similitudes et les différences entre les ordres juridiques étudiés méritent d'être approfondies.

8.2.1. Impact sur la répartition du fardeau de la preuve

Comme le principe de précaution suppose la présomption des effets dommageables d'une activité, la charge de la preuve se reporte de fait sur l'auteur de la mise en danger supposée, qui doit, s'il veut échapper à la mesure de précaution, prouver l'innocuité de son activité. Nous avons établi que cette contre-preuve n'est pas diabolique, dans la mesure où une vraisemblance suffisante de la non-dangereusité sera admise.¹⁵⁶ Des controverses à ce sujet demeurent pourtant, dues en partie à l'équivoque de la notion de « renversement » du fardeau de la preuve, qui ne serait qu'un « aménagement » de celui-ci selon la terminologie utilisée en droit de l'Union européenne.

A. En droit international

Devant la Cour internationale de Justice, les règles d'administration de la preuve s'inspirent en général des principes issus des systèmes nationaux, selon lesquels la charge de la preuve incombe à la partie qui cherche à établir un fait.¹⁵⁷ La Cour n'a encore jamais explicitement admis un renversement du fardeau de la preuve dans ses jugements relatifs à des atteintes à l'environnement, nonobstant le fait que les parties aient invoqué le principe de précaution.¹⁵⁸ Pourtant, les instruments internationaux topiques prévoient bien que l'absence de certitude scientifique – donc de preuve du risque – ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures préventives.¹⁵⁹ Parfois, des activités potentiellement dangereuses sont même interdites tant que leur innocuité n'a pas été démontrée.¹⁶⁰ En outre, le Tribunal international du droit de la mer, dans les affaires relatives au *thon à nageoire bleue*, a ordonné des mesures conservatoires sans preuve scientifique de la mise en danger, par le Japon, du stock de cette espèce de poissons.¹⁶¹ On peut en conclure qu'en droit international, la mise en œuvre du principe de précaution implique un renversement de la charge de la preuve tel que nous le comprenons.

¹⁵⁶ Cf. ch. 3, pt. 3.1.5

¹⁵⁷ LANFRANCHI, MALJEAN-DUBOIS, p. 264

¹⁵⁸ Cf. l'affaire des *Essais nucléaires*, 22 septembre 1995, Nouvelle-Zélande c. France, ainsi que l'affaire relative au *Projet Gabczykovo Nagymaros*, 25 septembre 1997, Hongrie c. Slovaquie, disponibles sous <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2> (consulté le 28 juin 2010) ; également LANFRANCHI, MALJEAN-DUBOIS, p. 264-266

¹⁵⁹ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.1.A

¹⁶⁰ Art. 3 al. 3 let. c de l'annexe II de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est

¹⁶¹ Cf. ch. 4, pt. 4.1.2.A

B. En droit de l'Union européenne

Il est généralement admis qu'il y a renversement de la charge de la preuve lorsque le droit de l'Union européenne conditionne l'autorisation de certains produits, certaines substances ou certaines activités présumés dangereux à la démonstration de leur innocuité par le promoteur, qui réalise à cet effet les travaux scientifiques nécessaires.¹⁶² Le niveau de protection recherché et les moyens de preuve sont déterminés soit au cas par cas, au moment de prendre la mesure de précaution, soit de façon générale.¹⁶³ En l'absence de procédure d'autorisation préalable, il appartient à l'utilisateur ou aux pouvoirs publics de démontrer l'existence d'un risque potentiel¹⁶⁴ ; il s'agira cependant non pas de prouver le risque, mais d'établir son éventualité, sous peine de vider le principe de précaution de sa substance.¹⁶⁵ La Commission précise qu'il est alors parfois nécessaire d'exiger de la personne concernée qu'elle fournisse la preuve de la sécurité du produit ou de l'activité en cause.¹⁶⁶ Nous concluons de ce qui précède qu'au sein de l'Union européenne également, il est admis que la mise en œuvre du principe de précaution se traduit par un renversement – appelé « aménagement » – du fardeau de la preuve.¹⁶⁷

C. En droit suisse

Selon la doctrine suisse majoritaire, la présomption de l'existence du risque, impliquant le renversement de la charge de la preuve à son sujet, est un élément clé du principe de précaution.¹⁶⁸ Il est précisé que cette présomption de dangerosité est réfragable lorsque le particulier doit, dans une procédure d'autorisation, prouver l'innocuité de l'activité qu'il veut entreprendre. Elle est irréfutable si une activité ou une substance est purement et simplement interdite par le législateur.¹⁶⁹ Par ailleurs, l'ATF 125 II 591, concernant l'impact écologique d'une centrale électrique, est intéressant du point de vue des exigences relatives à la preuve. Le Tribunal fédéral estime que la pesée des intérêts ayant abouti à la décision d'autoriser l'installation en question était conforme au droit, malgré le fait que l'impact négatif sur la faune lacustre n'était pas entièrement exclu. L'absence d'une démonstration incontestable à ce sujet ne pouvait en l'espèce être opposée à l'intimée, les exigences en matière de preuve devant trouver des limites pour des raisons pratiques.¹⁷⁰ Cet arrêt montre bien que la preuve de la sécurité d'une activité n'est pas diabolique en situation d'incertitude scientifique, et que l'effort de démonstration requis peut être déterminé au cas par cas, selon le niveau de protection recherché.

¹⁶² Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (cf. p. 57, note 62), p. 4 et 21

¹⁶³ CHRISTOFOROU, p. 223-224

¹⁶⁴ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (cf. p. 57, note 62), p. 4 et 21

¹⁶⁵ Cf. arrêt *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, T-13/99, pts. 164-165

¹⁶⁶ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (cf. p. 57, note 62), p. 21

¹⁶⁷ Cf. ch. 3, pt. 3.1.5

¹⁶⁸ RAUSCH, MARTI, GRIFFEL, p. 21 ; GRIFFEL, *Die Grundprinzipien*, p. 139-140 ; une analyse détaillée de la problématique a été faite par FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 117-120

¹⁶⁹ FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 119

¹⁷⁰ ATF 125 II 591, cons. 9c/cc

De l'examen, dans les ordres juridiques étudiés, de l'impact de la mise en œuvre du principe de précaution sur la preuve, on peut conclure que la question a fait, au sein de l'Union européenne et en Suisse, l'objet d'analyses qui ont clos le débat. Seule la Cour internationale de Justice ne s'est pas encore exprimée de manière à mettre fin aux controverses à ce sujet en droit international.

8.2.2. Impact sur la responsabilité étatique et civile

Nous avons esquissé les difficultés auxquelles sont confrontés ceux qui intentent une action en responsabilité pour insuffisance, voire pour excès de précaution : difficultés relatives à l'établissement de la source du dommage, aux liens de cause à effet, aux conséquences à long terme, à l'examen rétrospectif et à l'indétermination du principe de précaution, donc à la marge d'appréciation dont disposent les autorités dans sa mise en œuvre.¹⁷¹ Nous allons illustrer ces obstacles à l'imputation d'une responsabilité, liés à l'incertitude scientifique, et examiner s'ils ont entraîné des aménagements des régimes de responsabilité étatique et civile dans les ordres juridiques étudiés.

A. En droit international

La responsabilité internationale consiste principalement en l'obligation de réparer le préjudice subi par un État suite à une mauvaise ou non-application du droit international – convention, traité, droit coutumier ou principe général de droit international – par un autre État.¹⁷² Si les actions étatiques sont en principe, pour les différends interétatiques et en l'absence de disposition conventionnelle contraire, considérées comme imprescriptibles¹⁷³, seul le préjudice direct, c'est-à-dire découlant nécessairement de l'acte illicite (lien de causalité certain) est susceptible d'engager la responsabilité internationale.¹⁷⁴ Lorsqu'un État invoque l'insuffisance de précaution par un autre État, le juge est ainsi confronté aux difficultés mentionnées liées à la détermination de la source du dommage et au lien de causalité. En outre, selon certains auteurs, le principe de précaution n'implique pas d'obligations suffisamment précises en droit international pour déclencher la responsabilité des États.¹⁷⁵ La rareté des affaires où la responsabilité internationale a été mise en cause pour dommages à l'environnement s'expliquerait dès lors par le caractère diffus, imprévisible et difficile à évaluer de ceux-ci, et par le fait que, dans les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement,

¹⁷¹ Cf. ch. 3, pt. 3.3.4

¹⁷² AYER, p. 110 et 175 ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, p. 473-475 et 496-497 ; NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET, p. 731 ; le régime de la responsabilité objective ou absolue de l'État pour des conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites est d'application limitée en droit international (cf. BOISSON DE CHAZOURNES, DESGAGNE, MBENGUE, ROMANO, p. 672) ; selon une partie de la doctrine, il serait souhaitable que la responsabilité objective s'applique à l'égard d'activités à hauts risques (AYER, p. 125ss ; NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET, p. 751)

¹⁷³ CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, p. 391-393

¹⁷⁴ NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET, p. 755-756 ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, p. 498

¹⁷⁵ TINKER, p. 53 et 57 ; dans ce sens également GOSSEMENT, p. 57 et 63

les obligations des Parties sont souvent rédigées en des termes très vagues et assorties de nombreuses clauses de sauvegarde.¹⁷⁶

D'autres auteurs émettent l'avis que le principe de précaution crée un nouveau type d'obligations en droit international, les « obligations nécessaires » à la sauvegarde de l'humanité et de l'environnement, la nécessité devenant une source potentielle de légitimation juridique de la précaution à l'échelon international.¹⁷⁷ Ils remarquent en outre que la protection de l'environnement requiert de « transcender la division spatiale de la territorialité dessinée par les frontières politiques », puisque de nombreuses conventions récemment conclues n'exigent pas seulement des États qu'ils ne causent pas de dommages hors de chez eux, mais aussi qu'ils protègent l'environnement sur leur propre territoire.¹⁷⁸ Dans ce cas cependant, l'existence de l'intérêt juridique d'un État à mettre en cause la responsabilité d'un autre État est incertaine.¹⁷⁹ Le système actuel de la responsabilité en droit international ne semble donc pas adapté à une logique de précaution et, plus généralement, aux défis auxquels est confrontée la protection internationale de l'environnement.¹⁸⁰

B. En droit de l'Union européenne

En droit de l'Union européenne, la responsabilité des autorités peut être engagée pour excès de précaution ou pour insuffisance de précaution lorsqu'un dommage est survenu, si l'autorité a omis de surveiller les risques ou de prendre des mesures ad hoc. Deux cas de figure sont envisageables. Si c'est la responsabilité de l'Union européenne qui est visée, le recours en indemnité est ouvert à toute personne physique ou morale, ainsi qu'aux États qui se prétendent victimes d'un dommage causé par l'Union.¹⁸¹ Si une action est intentée à l'égard d'un État membre pour violation du droit de l'Union européenne, le régime de responsabilité est régi par le droit interne de cet État.¹⁸² Particularité à souligner, la plupart des États ne connaissant que la responsabilité pour les actes ou abstentions de l'exécutif, la responsabilité de l'Union européenne et celle des États membres pour violation du droit de l'Union peuvent également être engagées du fait des actes ou abstentions du pouvoir législatif.¹⁸³

Concernant la responsabilité de l'Union européenne, l'article 340 paragraphe 2 du Traité de Lisbonne prévoit qu'« en matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de

¹⁷⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, DESGAGNE, MBENGUE, ROMANO, p. 671 ; LANFRANCHI, MALJEAN-DUBOIS, p. 247-249, évoquent également la négociation d'accords de compensation sans référence à des règles de contentieux international ainsi que le règlement politique des différends

¹⁷⁷ BALAÏDI, p. 83 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution*, p. 91

¹⁷⁸ BOISSON DE CHAZOURNES, DESGAGNE, MBENGUE, ROMANO, p. 6

¹⁷⁹ Idem, p. 946

¹⁸⁰ TINKER, p. 53-54 et 71 ; dans ce sens également HERMITTE, *La fondation juridique*, p. 62

¹⁸¹ RIDEAU, p. 759-760

¹⁸² Idem, p. 896

¹⁸³ AYER, p. 176-177

leurs fonctions ». Selon l'article 46 du Statut de la Cour de justice¹⁸⁴, les actions en responsabilité contre l'Union européenne se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu, délai qui ne peut pas commencer à courir avant que les effets dommageables se soient produits.¹⁸⁵ Ainsi, les effets adverses à long terme peuvent bel et bien faire l'objet d'une réparation. Les juges ont cependant précisé que l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne est subordonné à l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre le comportement et le préjudice invoqué.¹⁸⁶

Par ailleurs, lorsqu'un large pouvoir discrétionnaire lui est attribué, sa responsabilité ne peut être engagée que si elle a violé de façon grave et manifeste une norme de droit supérieur protégeant les intérêts des particuliers.¹⁸⁷ Or l'admission du principe de précaution comme principe autonome, qu'il soit expressément prévu par un texte législatif qui le concrétise ou non, suffit à imposer aux pouvoirs publics de l'Union européenne l'obligation d'assurer, en situation d'incertitude scientifique également, la protection de l'environnement et de la santé publique, donc à engager leur responsabilité en cas de manquement à ce devoir.¹⁸⁸ La possibilité de déterminer une violation du droit pour excès ou insuffisance de précaution peut néanmoins être limitée par l'absence de concrétisation du principe dans la législation, en raison de la marge d'appréciation ainsi conférée aux autorités.¹⁸⁹ La problématique est identique dans notre ordre juridique, nous l'illustrerons lorsque nous examinerons le droit suisse de la responsabilité étatique.

Concernant la difficulté que pose, à l'imputation de la responsabilité, l'exigence de la preuve d'un lien de causalité certain et direct entre le comportement reproché et le préjudice invoqué, on peut mentionner un arrêt du Tribunal de première instance relatif à une action intentée par des proches de victimes de la nouvelle variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.¹⁹⁰ La Communauté européenne s'était vue reprocher de n'avoir pas assuré un niveau suffisant de protection de la santé conformément au principe de précaution, en particulier d'avoir adopté tardivement des mesures de lutte contre l'ESB. Dans cette affaire, les juges n'ont pas considéré que la responsabilité de la Communauté était engagée, pour le motif notamment que le lien entre les omissions invoquées et le dommage ne pouvait pas être établi avec certitude, le date à laquelle les victimes furent contaminées n'étant pas connue avec précision. En outre, en raison des défaillances des autorités nationales dans l'application des normes communautaires, il n'était pas sûr que

¹⁸⁴ JO n° C 115/220 du 9 mai 2008

¹⁸⁵ Arrêt du TPICE du 13 décembre 2006, *É.R.e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03, pt. 49

¹⁸⁶ Arrêt *É.R.e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03, pts. 99, 103 et 153

¹⁸⁷ Idem, pt. 100

¹⁸⁸ KOURILSKY, VINEY, p. 192

¹⁸⁹ GOSSEMENT, p. 461

¹⁹⁰ Arrêt *É.R.e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03 ; cf. également l'arrêt du TPICE du 13 décembre 2006, *Jaluia Abad Pérez e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-304/01, pts. 101ss

des mesures plus précoces auraient permis d'éviter les atteintes.¹⁹¹ Cela nous amène à conclure qu'au niveau de l'Union européenne également, la voie judiciaire semble assez peu efficace pour permettre l'imputation d'une responsabilité aux autorités pour insuffisance de précaution, lorsque des incertitudes demeurent quant aux relations de cause à effet en jeu.

Quant à la responsabilité civile, on remarque tout d'abord que la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux¹⁹², qui s'applique également à l'utilisation confinée et à la dissémination d'OGM¹⁹³, exclut de son champ d'application la réparation des préjudices personnels, laissée au droit national des États membres. Ensuite, selon cette directive, « les États membres peuvent prévoir que l'exploitant n'est pas tenu de supporter les coûts des actions en réparation entreprises en application de la présente directive, s'il apporte la preuve qu'il n'a pas commis de faute ou de négligence et que le dommage causé à l'environnement est dû à une émission ou à une activité ou tout mode d'utilisation d'un produit dans le cadre d'une activité dont l'exploitant prouve qu'elle n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'émission ou l'activité a eu lieu » (art. 8 par. 4 let. b). Les États peuvent ainsi exonérer les particuliers de toute responsabilité pour risque de développement en matière environnementale, ce qui est « tout le contraire du principe de précaution ».¹⁹⁴

En matière de santé publique, c'est également par le biais de la responsabilité pour risque, notamment pour risque de développement, que la responsabilité civile des particuliers peut être engagée pour insuffisance de précaution. La directive 85/374/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁹⁵ autorise cependant les États membres à exclure les risques de développement du champ d'application de la responsabilité en question (art. 7 et 15 de directive 85/374/CEE). La plupart des États membres ont usé de cette faculté, sauf la Finlande et le Luxembourg. Certains pays ont adopté une solution nuancée, limitant l'obligation du producteur de réparer les dommages, lorsque l'état des connaissances ne permettait pas de déceler l'existence du défaut, à certains risques, comme ceux liés aux denrées alimentaires (Espagne), aux médicaments (Allemagne), ou aux produits dérivés du corps humain (France).¹⁹⁶ Nous avons vu qu'il s'agit d'une concrétisation du principe de précaution.¹⁹⁷

¹⁹¹ Arrêt *É.R.e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03, pts. 115, 127 et 134-135

¹⁹² JO n° L 143 du 30 avril 2004

¹⁹³ Pts. 10 et 11 de l'annexe 3 de la directive 2004/35/CE

¹⁹⁴ MARTIN-BIDOU, p. 664, note 143

¹⁹⁵ Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO n° L 210 du 7 août 1985)

¹⁹⁶ Sur le tout, WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 454

¹⁹⁷ Ch. 3, pt. 3.3.3

En matière de responsabilité étatique, il y a deux éléments qui constituent selon nous un apport du droit de l'Union européenne pour la mise en œuvre du principe de précaution. D'une part, la possibilité expressément prévue que la responsabilité des autorités soit engagée, non seulement pour des actes ou abstentions du pouvoir exécutif, mais également du Parlement. D'autre part, la règle selon laquelle le délai de prescription de cinq ans ne peut pas commencer à courir avant que les effets dommageables se soient produits, permettant que les effets adverses à long terme fassent l'objet d'une réparation.

C. En droit suisse

La responsabilité des autorités fédérales est régie par la loi sur la responsabilité¹⁹⁸ prévoyant un régime de responsabilité objective ou causale (sans faute)¹⁹⁹, ce qui signifie que l'auteur du dommage en répond même s'il a agi sans intention dolosive ni négligence ou imprudence, sauf pour la réparation morale et le tort moral.²⁰⁰ Il faut néanmoins, contrairement à la responsabilité pour risque, que l'autorité ait commis un acte illicite pour voir sa responsabilité engagée. La jurisprudence distingue deux situations. S'il y a atteinte à un droit subjectif absolu (vie, intégrité corporelle, liberté, propriété et autres droits réels, possession, droit de la personnalité), alors l'acte est illicite même s'il était en soi conforme au droit ; c'est l'illicéité dans le résultat. Lorsqu'il n'y a pas atteinte à un droit subjectif absolu, par exemple si seul le patrimoine de la victime est diminué, l'illicéité doit résider dans la manière dont l'acte s'est produit et implique une violation d'une norme de comportement ; c'est l'illicéité par comportement.²⁰¹ Les autres conditions de la responsabilité de la Confédération et de ses agents sont les mêmes qu'en droit privé : il faut notamment un lien de causalité adéquate entre l'acte et le dommage²⁰², ce qui constitue un obstacle à l'imputation d'une responsabilité lorsque des incertitudes subsistent quant aux relations de cause à effet en jeu – nous l'avons illustré au point précédent. Par ailleurs, la responsabilité des pouvoirs publics peut être engagée selon l'article 59a de la loi sur la protection de l'environnement, donc pour risque, norme dont l'application est toutefois limitée aux activités dangereuses et qui ne comprend pas les dommages purement écologiques. La question de savoir si le défaut de précaution tombe sous le coup de cette disposition est en outre controversée, nous allons le voir.

Remarquons au préalable que la législation suisse en matière de responsabilité de l'État ne prévoit pas, contrairement au droit de l'Union européenne, de responsabilité du législateur²⁰³ ; certains auteurs ne l'excluent pas a priori.²⁰⁴ Quant à l'inactivité réglementaire, elle est susceptible, selon la doctrine unanime, d'engager la

¹⁹⁸ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF, RS 170.32)

¹⁹⁹ Art. 3 al. 1 LRCF

²⁰⁰ MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 712

²⁰¹ Sur ces différentes notions, idem, p. 718-719

²⁰² Idem, p. 712

²⁰³ AYER, p. 240-241

²⁰⁴ GROSS, p. 219-220

responsabilité de l'exécutif.²⁰⁵ On pense, par exemple, à une omission de concrétiser le principe de précaution en matière de protection contre les rayons non ionisants. Si l'on ne peut pas imputer à l'administration un devoir général de surveiller les comportements privés, le défaut de surveillance étatique est en effet illicite lorsque l'autorité n'exerce pas ou exerce mal les compétences qui lui sont conférées pour prévenir un dommage qui s'est produit.²⁰⁶

L'engagement de la responsabilité étatique pour excès ou insuffisance de précaution est ainsi envisageable lorsque le principe de précaution est mentionné dans une loi ou rattaché à une disposition légale prescrivant un devoir de prévention des atteintes à l'environnement ou à la santé. La marge de manœuvre dont dispose l'autorité dans la gestion des risques scientifiquement incertains, en l'absence de concrétisation législative, rend toutefois la détermination de sa responsabilité aléatoire. On peut l'illustrer par l'ATF 132 II 305 concernant une prétention en indemnisation d'agriculteurs qui reprochaient à la Confédération en particulier la tardiveté de mesures destinées à empêcher l'ESB de se développer. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a bien admis le devoir de l'État d'agir conformément au principe de précaution.²⁰⁷ Il a cependant estimé que les omissions en question n'étaient pas illicites en raison de l'importante marge d'appréciation dont disposait la Confédération quant aux mesures à prendre et au moment de les prendre, même si, rétrospectivement, les décisions prises ne se sont pas avérées optimales ou suffisantes. Selon les juges, cette marge de manœuvre résultait des difficultés propres à la gestion d'une situation aussi délicate, puisque, outre l'incertitude scientifique, la nécessité de suivre le développement des connaissances et d'agir rapidement, les autorités devaient également concilier les intérêts parfois contradictoires des acteurs impliqués. « Il découle de ces contingences que l'on ne saurait exiger de la Confédération qu'elle prît, pour faire face à la crise de la vache folle, en toute circonstance et en toute occasion, les meilleures décisions au meilleur moment, car cela reviendrait à la placer dans une situation quasi impossible puisque, quoi qu'elle eût pu faire ou s'abstenir de faire, elle se fût exposée au risque d'être toujours responsable, soit d'agir trop tard ou trop mollement, comme il lui est fait le grief dans le présent cas, soit d'avoir agit trop tôt ou de manière trop incisive, comme il lui a été fait le grief dans une autre situation de crise [...] ».²⁰⁸ Cela montre bien, d'une part, la difficulté d'évaluer rétrospectivement la gestion d'une telle crise. Nous voyons, d'autre part, que l'incertitude même, et en corollaire l'inévitable indétermination du principe de précaution, rendent aléatoires, dans l'ordre juridique suisse également, les chances de succès d'une action en responsabilité étatique pour violation du principe de précaution ou excès commis en son nom.²⁰⁹

Concernant la possibilité d'imputer une responsabilité civile pour insuffisance de précaution, il faut mentionner tout d'abord l'article 59a de la loi sur la protection de l'environnement qui instaure un régime général de responsabilité des détenteurs

²⁰⁵ Idem ; également BRUNNER, n° 13a

²⁰⁶ MOOR, *Droit administratif, Volume II*, p. 723

²⁰⁷ ATF 132 II 305, cons. 4.3

²⁰⁸ Idem, cons. 4.4

²⁰⁹ Cf. également l'ATF 132 II 449, cons. 5.4

d'entreprises et d'installations présentant un danger particulier pour l'environnement. Cette disposition vise les risques résiduels qui ne peuvent être évités malgré toutes les mesures de prévention adoptées ; il s'agit d'une responsabilité pour risque.²¹⁰ Les dommages réparables en son nom se limitent cependant aux préjudices personnels, c'est-à-dire aux dommages corporels, matériels ou économiques que subit une personne suite à une atteinte à l'environnement.²¹¹ L'État n'est en principe pas habilité à exiger la réparation de préjudices écologiques purs par le biais de la responsabilité civile²¹², à quelques exceptions près en matière de protection des eaux piscicoles, du gibier et de certains sites et biotopes, ainsi qu'en matière de génie génétique.²¹³ Mentionnons également que cette disposition ne prévoit ni renversement du fardeau de la preuve, ni présomption de causalité.

Or l'article 59a de la loi sur la protection de l'environnement est muet sur la question de savoir s'il comprend les dommages consécutifs à des risques de développement, c'est-à-dire les dommages résultant d'activités dont l'état des connaissances scientifiques et de la technique ne permettait pas de détecter la dangerosité ; les opinions divergent à ce sujet dans la doctrine.²¹⁴ Certains auteurs, comme Hans-Rudolf TRÜEB, sont d'avis que la personne visée répond a priori des conséquences de l'incertitude quant à la dangerosité de l'activité exploitée, cela en contrepartie de l'acceptation du risque résiduel et des profits qu'elle peut retirer de l'activité, puisque le risque objectif constitue le fait de rattachement de l'obligation de réparer.²¹⁵ D'autres auteurs, comme Pierre WESSNER, sont d'avis que l'article 59a de la loi ne comprend pas les risques de développement, pour le motif notamment que les risques concernés sont connus dans leurs grandes lignes et que la responsabilité civile pourrait sinon devenir exorbitante. Un autre argument est que le législateur a spécifiquement prévu une responsabilité pour risques de développement en matière d'OGM et d'agents pathogènes, ce qui aurait été superflu si la loi sur la protection de l'environnement prévoyait un tel régime général de responsabilité. Selon cet auteur, qui note que la disposition est restée pratiquement lettre morte, les risques de développement sont des risques de civilisation dont la réparation dépasse la logique commutative de la responsabilité civile et devrait s'inscrire dans un système d'indemnisation collectif.²¹⁶ Cela reviendrait toutefois à faire payer le contribuable et non celui qui a tiré un avantage économique de la prise de risque.²¹⁷

Au delà de cette controverse et de l'incertitude sur la portée de l'article 59a de la loi sur la protection de l'environnement, nous pouvons remarquer que le régime général de responsabilité civile instauré par cette disposition est lacunaire, puisqu'il ne comprend

²¹⁰ TRÜEB, *Commentaire ad art. 59a LPE*, n° 2 et 61

²¹¹ Idem, n° 68-69

²¹² WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 450 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, *La responsabilité du pollueur*, p. 26-27

²¹³ WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 450-451

²¹⁴ Cf. TRÜEB, *Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts*, p. 534, note 15 ; WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 464, note 66

²¹⁵ TRÜEB, *Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts*, p. 533-537 ; TRÜEB, *Commentaire ad art. 59a LPE*, n° 107-110 ; également GROSS, p. 39

²¹⁶ WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 463-466

²¹⁷ Cf. TRÜEB, *Commentaire ad art. 59b LPE*, n° 1

pas les dommages purement écologiques et qu'il n'institue ni présomption en matière de causalité, ni renversement du fardeau de la preuve, aménagements requis par la spécificité des dommages à l'environnement.²¹⁸ Il est en outre limité aux activités dangereuses, ce qui signifie que la personne causant un grave dommage sans exercer une activité a priori dangereuse s'expose à une responsabilité moins sévère (pour faute) que celle qui cause une pollution moindre dans le cadre d'une activité considérée a priori comme dangereuse.²¹⁹

En matière de génie génétique, le législateur a prévu un régime de responsabilité civile particulièrement strict : il s'agit de la responsabilité objective pour risque, qui ne présuppose ni faute ni même acte illicite, à l'encontre des personnes qui manipulent des organismes génétiquement modifiés en cas de dommage résultant de la modification du matériel génétique de ces organismes (art. 30 al. 1 LGG). Le régime n'est pas le même si les OGM sont utilisés dans des produits agricoles (« génie génétique vert ») ou s'ils sont utilisés dans un autre domaine (principalement médical et pharmaceutique, « génie génétique rouge »). Dans le premier cas, le titulaire de l'autorisation de mise en circulation répond seul du dommage, indépendamment de tout défaut du produit, tant à l'égard de l'agriculteur que du consommateur (art. 30 al. 2 et 3 LGG). Dans le second cas, le titulaire de l'autorisation ne répond que si le produit a un défaut, cela toutefois même si le défaut n'était pas détectable au moment de la mise en circulation de l'organisme concerné (art. 30 al. 4 LGG). Il s'agit alors d'une responsabilité pour risque de développement, qui se justifie, selon le législateur, par la nature et l'ampleur de la dangerosité potentielle, encore inconnue ou sous-évaluée en l'état des connaissances scientifiques ou techniques, ainsi que comme contrepartie à la possibilité d'utiliser les organismes génétiquement modifiés à des fins de recherche ou de commerce.²²⁰ Ce régime de responsabilité est renforcé par l'obligation de réparer les dommages purement environnementaux (art. 31 LGG), par le rallongement des délais de prescriptions (art. 32 LGG), et par l'allègement du fardeau de la preuve. En effet, si la preuve du rapport de causalité entre l'acte dommageable et le dommage ne peut être établie avec certitude ou si l'on ne peut raisonnablement en exiger l'administration par la personne qui demande réparation, le juge peut se contenter d'une vraisemblance convaincante (art. 33 LGG).

Remarquons qu'une responsabilité pour risques de développement peut en outre être engagée lorsqu'un dommage est lié à la mise sur le marché d'organismes pathogènes (art. 59a^{bis} LPE). L'obligation de réparer est alors également étendue aux dommages purement environnementaux, le fardeau de la preuve est allégé et les délais de prescriptions sont allongés (art. 59c al. 2 LPE). On voit ainsi des régimes de responsabilité civile taillés à la mesure soit d'une situation d'incertitude scientifique particulière, celle de l'utilisation d'OGM, soit d'une situation de danger particulièrement élevé pour la santé ou l'environnement, celle de l'utilisation d'organismes pathogènes.

²¹⁸ Dans ce sens PETITPIERRE-SAUVAIN, *La responsabilité du pollueur*, p. 26-28 et 33

²¹⁹ Idem, p. 31-32

²²⁰ Sur le tout, WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 459-461 ; DUPONT, p. 92-93

En matière de santé publique, on peut envisager de fonder une action en responsabilité civile pour insuffisance de précaution sur la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, qui ne règle cependant pas clairement la situation de l'incertitude scientifique. En effet, le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité en soulevant l'objection que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence d'un défaut » (art. 5 al. 1 let. e LRFP). Cette disposition laisse ouverte la question de savoir si des doutes quant à l'existence d'un défaut sont un motif d'exonération de responsabilité ou non. Selon Pierre WESSNER, le critère de l'état des connaissances ne devrait pas être ébranlé par des opinions dissidentes isolées.²²¹ Si l'on suit ce raisonnement, le défaut de précaution ne tomberait pas, en partie tout au moins, sous le coup de la responsabilité du fait des produits. D'autres auteurs sont d'avis que les risques liés aux nanotechnologies ne devraient pas bénéficier de la clause d'exonération prévue par la disposition mentionnée, parce que des éléments reconnaissables indiquent une possibilité d'effets adverses, même si les risques ne sont que soupçonnés, controversés et incertains.²²² Cette loi prévoit par ailleurs la suppression de l'exonération de la responsabilité pour les organes, tissus, cellules d'origine animale et transplants standardisés issus de ceux-ci destinés à être transplantés sur l'être humain (art. 5 al. 1^{bis} LRFP), suppression motivée par le fait que la xénotransplantation présente des risques encore mal cernés.²²³

On peut en conclure qu'une responsabilité civile pour risques de développement – incluant l'insuffisance de précaution – existe en droit de l'environnement et en matière de protection de la santé publique lorsque les textes législatifs le prévoient expressément, comme pour les activités liées aux organismes génétiquement modifiés et à la xénotransplantation. On voit alors se rééquilibrer dans une certaine mesure les rapports entre ceux qui prennent des risques et ceux qui en subissent les conséquences. Pour le reste, la situation est incertaine. Si l'on suit l'avis, exprimé par une partie de la doctrine, que le défaut de précaution ne tombe pas sous le coup de la responsabilité du fait des produits, il faut en conclure que le système suisse de la responsabilité civile n'est pas adapté aux défis que pose la gestion des risques technologiques pour la santé publique.

²²¹ WESSNER, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques*, p. 457

²²² TAKEI, pts. 20-24 et 27

²²³ Message du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (FF 2002 II 19), p. 125

Chapitre 9. Propositions de formulation du principe de précaution et d'aménagements de la législation

Nous avons passé en revue, dans les ordres juridiques étudiés, diverses expressions du principe de précaution et différents moyens d'assurer son effectivité. Tirant parti de ce catalogue, nous allons esquisser une formulation du principe propre à figurer dans la législation relative à la protection de la santé publique. Si les éléments qui le concrétisent ne doivent pas tous être mentionnés dans une loi, qu'ils puissent demeurer implicites ou soient déjà intégrés dans notre ordre juridique, la réglementation suisse n'est que partiellement adaptée à la gestion des risques scientifiquement incertains : au delà de l'introduction du principe de précaution, certains aménagements de la législation sont souhaitables.

9.1. Les éléments indispensables ou superflus d'une formulation de la précaution

Conformément à la terminologie utilisée en droit international et en droit de l'Union européenne, certains textes de loi récents recourent à juste titre au terme « précaution » pour qualifier la prévention des risques scientifiquement incertains. C'est le cas de la loi sur le génie génétique, de la loi sur l'agriculture, ainsi que du projet du 1^{er} juillet 2009 de révision de la loi sur les denrées alimentaires. Une formulation uniforme du principe de précaution ne ressort cependant pas de ces textes. Nous n'allons pas non plus proposer un article de loi standard qui ferait fi des contingences de la négociation politique et des particularités sectorielles, mais voulons rappeler les éléments devant figurer ou être bannis d'une telle disposition.

9.1.1. La formulation du principe de précaution dans une disposition légale

Nous avons vu que la notion de prévention des risques a un sens large, incluant la précaution, et un sens plus étroit, selon lequel la prévention concerne les risques certains, par opposition à la précaution qui s'attache aux risques scientifiquement incertains.¹ La notion de prévention au sens large correspond au *Vorsorgeprinzip*, qui désigne donc, dans la version allemande des textes de droit suisse, tant la prévention que la précaution. Or une traduction de *Vorsorgeprinzip* par prévention peut susciter des controverses sur la portée de la prévention des risques ; le recours au terme « précaution » devrait s'imposer, afin que la terminologie suisse soit conforme à celle du droit international et du droit de l'Union européenne. En raison de la spécificité de la précaution au sens juridique, qui ne correspond pas au sens commun du terme, ainsi que des confusions possibles quant à la portée du principe par rapport à la prévention des risques, il semble en outre indiqué de préciser ce que l'on entend par précaution. On pourrait, par exemple, écrire :

¹

Ch. 2, pt. 2.1.3

Conformément au principe de précaution, l'autorité compétente (ou telles personnes) prend, même en l'absence de certitude scientifique, les mesures propres à éviter les menaces pour la santé.

Une référence à l'impératif de proportionnalité des mesures, facilitant l'acceptation d'une telle formulation, peut être opportune – nous y reviendrons. Il est en tout cas indispensable d'évoquer les destinataires de la norme lorsqu'il ne s'agit pas uniquement des pouvoirs publics, faute de quoi la disposition pourra être considérée comme trop imprécise pour faire naître des devoirs envers les particuliers en l'absence de décision étatique.²

Par ailleurs, la loi sur le génie génétique, selon laquelle les dangers et les atteintes seront limités ou prévenus, conformément au principe de précaution, « le plus tôt possible », évoque la temporalité de l'incertitude scientifique – qui se résorbe généralement au fil du temps –, pourquoi pas. L'important étant d'éviter d'écrire que l'autorité « peut » agir : si les pouvoirs publics ont effectivement une grande marge d'appréciation dans la décision de prendre ou non des mesures de prévention effectives ainsi que dans le choix de celles-ci, ils ont le devoir de mettre en œuvre le principe de précaution, selon le niveau de protection choisi.³

9.1.2. La mention inopportune d'exigences relatives aux indices de risque

Si la loi conditionne la mise en œuvre du principe de précaution à la présence d'indices de risque, les pouvoirs publics ne peuvent pas prendre des mesures contraignantes concernant une nouvelle technologie ou activité au sujet de laquelle très peu de données sont disponibles et qui requiert, par exemple, un suivi scientifique et l'information des autorités par le particulier sur l'évolution des connaissances.⁴ Ce n'est d'ailleurs pas le législateur, mais le Tribunal fédéral qui a affirmé cette exigence, de même que la jurisprudence de l'Union européenne, utilisant cependant la locution « en principe ».⁵ Notons également que l'existence ou non d'indices de risque sera de toute façon prise en compte lors de l'examen de la proportionnalité des mesures de précaution.

Si le législateur choisit tout de même d'introduire dans la loi la condition des motifs raisonnables de s'inquiéter, il doit se garder de poser des exigences trop sévères à cet égard sous peine de vider le principe de précaution de sa substance ou d'affaiblir considérablement sa portée. En effet, la détermination du seuil de scientificité, c'est-à-dire du minimum de justification scientifique requis, est l'un des aspects déterminants de l'effectivité du principe de précaution : plus on devient exigeant en termes d'indices, plus on écarte l'intervention étatique. Il faut en particulier éviter de mentionner une haute probabilité de risque ou une « preuve » du risque, qui relèvent de la prévention de risques certains. Des adjectifs tels que « sérieux » ou « crédible » qualifiant les indices sont également inadéquats, car ils permettent de limiter l'intervention étatique à des

² Cf. ch. 7, pt. 7.1.2

³ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.1.C

⁴ Cf. AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 198-199

⁵ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.2.B et C

situations où l'incertitude est résiduelle.⁶ Car si la mise en œuvre du principe de précaution doit s'appuyer sur les données scientifiques existantes lorsqu'il y en a, celles-ci peuvent être peu consistantes ou contradictoires. Les soupçons doivent cependant, le cas échéant, bien être « plausibles » ou « scientifiquement défendables » : une hypothèse qui implique le rejet de faits ou de théories scientifiques largement acceptées n'est pas plausible.⁷

9.1.3. La condition inadéquate de la gravité des atteintes potentielles

Nous avons vu que l'article 148a alinéa 1 de la loi sur l'agriculture, à l'image de certains instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement, conditionne l'application du principe de précaution à la gravité du dommage potentiel. En raison du contenu subjectif de cette notion, de la difficulté à caractériser le risque en situation d'incertitude scientifique⁸, et comme, selon le niveau de protection recherché, des mesures de précaution peuvent viser à prévenir une atteinte même potentiellement minimale à l'environnement ou à la santé⁹, il ne semble pas indiqué de poser de façon générale une telle condition à l'application du principe de précaution.¹⁰ Cela ne correspondrait en effet pas à la réalité de sa mise en œuvre, qui est fonction plutôt du niveau de protection choisi. N'oublions pas que le degré de gravité supposé du risque est de toute façon pris en compte lors de l'examen de la proportionnalité des mesures envisagées, une mesure de précaution incisive s'imposant d'autant plus que la menace semble importante.

9.1.4. Le rappel éventuel de l'exigence de proportionnalité

La mention de la condition de la proportionnalité des mesures de précaution est redondante, puisque, conformément au principe inscrit à l'article 5 alinéa 2 Cst., toute activité étatique doit être proportionnée au but visé. Dès lors, en l'absence de concrétisation législative précise, la mise en œuvre du principe de précaution sera coordonnée aux autres principes du droit public.¹¹ La diablerie réside dans le fait qu'une formulation allant au delà d'un rappel, en des termes généraux, de l'impératif de proportionnalité restreindra sensiblement la portée du principe de précaution et la marge d'appréciation des autorités, alors que celles-ci doivent pouvoir prendre des mesures incisives en cas de risque grave pour la santé publique.¹² Il convient, par exemple, d'éviter de prévoir que les mesures soient supportables, d'un point de vue économique, pour les acteurs concernés, ou que l'on peut renoncer à mettre en œuvre le principe de précaution en cas d'intérêts socio-économiques importants.

⁶ BALAIÏDI, p. 84 ; BECK, p. 113 ; DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, p. 99-100 ; cf. ch. 5, pt. 5.1.2.B

⁷ UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (cf. p. 53, note 37), p. 15

⁸ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.2.A

⁹ Cf. ci-dessus, pts. 8.1.2.B et C, le principe de précaution comme « *Schadensminimierungsprinzip* » et le revirement de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les cas dits « de bagatelle »

¹⁰ *Contra* : FLÜCKIGER, *La preuve juridique*, p. 112

¹¹ Cf. ch. 2, pt. 2.2.3

¹² Cf. ci-dessus, pt. 8.1.5.C

9.1.5. La mention généralement superflue de l'évaluation préalable et continue des risques

L'obligation de mener une évaluation préalable des risques, incombant aux autorités et/ou aux particuliers concernés, est prévue ponctuellement dans le cadre de procédures d'autorisation, de notification, ou comme élément d'un régime d'« autocontrôle » par les particuliers.¹³ De fait, conformément à l'impératif de rationalité de l'action étatique, les pouvoirs publics ne peuvent pas mettre en œuvre le principe de précaution indépendamment de toute évaluation des risques, sous peine de s'exposer au grief de l'arbitraire.¹⁴ Cependant, certaines mesures de précaution, comme un suivi scientifique, l'information des autorités par le particulier sur l'évolution des connaissances, ou encore le lancement d'un programme de recherche, peuvent s'inscrire dans une telle procédure. Il ne semble ainsi ni nécessaire, ni même indiqué de prévoir dans la législation qu'une évaluation des risques conditionne toute mesure de précaution. Cela d'autant plus que cette obligation a été nuancée : la jurisprudence de l'Union européenne a précisé que, sauf à vider le principe de précaution de son effet utile, l'impossibilité de réaliser une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité de prendre des mesures préventives, le cas échéant à très brève échéance, lorsque celles-ci paraissent indispensables eu égard au niveau de protection recherché.¹⁵ Si le législateur mentionne tout de même qu'une évaluation des risques conditionne toute mesure de précaution, il semble préférable d'éviter de faire référence uniquement à une « évaluation des risques aussi complète que possible », une évaluation plus poussée étant toujours possible, mais d'ajouter : « selon les circonstances ».

Quant à l'évaluation continue des risques, remarquons que l'évocation, dans la législation, du caractère transitoire des mesures de précaution prête à confusion, puisque ces mesures peuvent avoir un caractère définitif, indépendamment de leur révision éventuelle selon le développement des connaissances ; on pense au retrait ou au refus d'une autorisation de mise sur le marché, par exemple. Par ailleurs, la gestion de l'incertitude scientifique suppose que l'autorité se tienne au courant de l'évolution du savoir et adapte, le cas échéant, les mesures aux circonstances. Cet impératif peut découler d'un renvoi, dans la législation, à l'état de la science et de la technique, ou d'une disposition prévoyant l'évaluation de l'efficacité de l'action administrative ou, plus précisément, de l'analyse des risques. Une mention, comme dans l'article 148a alinéa 1 de la loi sur l'agriculture, de la nécessité de réévaluer et d'adapter au besoin les mesures de précaution n'est ainsi indiquée qu'en l'absence d'une disposition plus générale dans la loi en question.

¹³ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.3.C

¹⁴ Cf. ch. 7, pt. 7.4

¹⁵ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.3.B

9.1.6. Le renversement implicite du fardeau de la preuve

La présomption de l'existence du risque étant un corollaire du principe de précaution¹⁶, il n'est pas besoin de répéter dans la loi les incidences de celui-ci à l'égard de la preuve. Par ailleurs, bien que diverses mesures soient réputées mettre en œuvre le principe de précaution, seule l'exigence de la démonstration de l'innocuité d'une activité lui donne sa pleine efficacité. La loi instaurera ainsi, le cas échéant, une procédure d'autorisation préalable soumise à la condition de la démonstration de la sécurité de l'activité en cause. Le législateur peut, dans ce contexte, prévoir de façon générale quels sont les moyens de preuve admis, alors que le degré de preuve nécessaire sera déterminé au cas par cas, en fonction de la gravité des risques soupçonnés et du niveau de protection recherché.

9.2. Les aménagements souhaitables de la législation

Nous avons détaillé les implications de la prise en compte de l'incertitude scientifique dans la prévention des risques, comme la transparence, la pluralité de l'expertise et la participation du public aux choix en matière de risque, ainsi que l'incidence de l'incertitude sur la responsabilité. Certains de ces éléments, qui concrétisent le principe de précaution et permettent sa mise en œuvre effective, requièrent des aménagements de la législation.

9.2.1. Concernant l'évaluation prospective des risques

La tâche de surveiller et de détecter les risques le plus tôt possible, impliquant d'observer le développement du savoir scientifique et technique, ne nécessite pas de base légale spécifique, puisqu'elle est un corollaire de celle de prévention – au sens large du terme.¹⁷ La législation de l'Union européenne précise à cet égard, concernant les denrées alimentaires et certains produits thérapeutiques, que si l'autorité a connaissance de thèses scientifiques différentes des siennes, développées par des organismes exerçant une mission similaire, elle doit entrer en contact avec ceux-ci afin d'identifier les divergences.¹⁸ Il s'agit d'une démarche favorisant la circulation d'informations à laquelle, dans un contexte d'incertitude, les pouvoirs publics ne sauraient se soustraire : une ancrage législatif ad hoc paraît opportun. Remarquons en outre que le devoir de l'autorité d'effectuer, ou de faire effectuer, des recherches scientifiques ne peut être déduit de celui d'observer les risques. Si le recueil d'informations par le biais d'enquêtes ou d'initiation et de soutien à des programmes de recherche paraît indiqué, ce qui devrait être le cas dans la gestion de l'incertitude scientifique¹⁹, il faut prévoir une base légale à cet effet.²⁰

¹⁶ Cf. ch. 3, pt. 3.1.5, et ci-dessus, pt. 8.2.1

¹⁷ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.3.C

¹⁸ Art. 30 du règlement 178/2002, art. 59 par. 2 du règlement 726/2004

¹⁹ AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT, *Späte Lehren aus frühen Warnungen*, p. 200 et 202

²⁰ Cf. ci-dessus, pt. 8.1.3.C

9.2.2. Concernant les impératifs de transparence, de pluralité de l'expertise et la participation du public aux choix en matière de risque

L'impératif de transparence suppose tout d'abord que l'ensemble des informations dont disposent les autorités quant aux risques, y compris l'évaluation complète des risques, soit mis à disposition de tout intéressé. Afin qu'une demande d'accès aux données ne soit pas rejetée pour le motif que des intérêts prépondérants s'y opposent, il est indiqué de prévoir, dans une disposition légale, l'accessibilité aux documents détenus par l'autorité sur la dangerosité des produits et sur les mesures adoptées²¹, ou d'énumérer les informations qui ne peuvent en aucun cas être tenues secrètes, comme l'évaluation du risque.²² Une précision selon laquelle l'acceptabilité des risques doit être motivée de façon complète et présentée de manière compréhensible²³ est à cet égard bienvenue. Il est aussi envisageable d'autoriser l'accès aux données en cours de procédure administrative, ce qui permet le débat public et l'intervention de tiers intéressés avant que l'autorité ne prenne une décision. Tel est le cas dans l'Union européenne en matière de denrées alimentaires à base d'organismes génétiquement modifiés, où toute une série d'informations, comme les demandes d'autorisation ainsi que les renseignements fournis par le demandeur, sont mis à disposition des particuliers.²⁴

Outre l'information répondant à une demande ciblée, une communication active des autorités concernant les risques potentiels est déterminante dans un contexte d'incertitude scientifique. Elle permet, d'une part, aux particuliers d'adapter leurs comportements aux circonstances. Il ne s'agit cependant que d'une mesure de précaution de faible portée, puisque l'ensemble de la population n'est pas protégée. D'autre part, une information active par les autorités favorise la participation du public lorsqu'elle vise à l'informer de façon détaillée dès le moment où des soupçons de risque apparaissent. Elle doit porter sur le risque, c'est évident, et sur les mesures prises, mais également sur tout le processus de constitution des connaissances au delà des résultats des recherches effectuées. Il s'agit donc d'évoquer les incertitudes ou ignorances liées à un produit ou à une activité, les éventuels avis scientifiques divergents, les questions devant faire l'objet de plus amples recherches et les options possibles, ainsi que le niveau de protection souhaité et les conséquences envisageables d'une absence d'action. Il faut également que l'ensemble des motifs des choix des autorités soient rendus public, y compris ceux qui sont délicats à communiquer ; on pense aux intérêts de l'industrie ou à celui d'éviter une condamnation au sein de l'OMC. La transparence ainsi comprise permet une éventuelle intervention politique sur ces choix. La précision, dans la loi, du contenu et du moment de l'information concernant les risques scientifiquement incertains semble par conséquent nécessaire.

Il paraît par ailleurs opportun de mentionner dans un texte législatif comment est organisée l'expertise de l'évaluation des risques, en particulier concernant les procédures à suivre, l'étendue de l'expertise (considération des effets indirects, additionnels et à long terme, par exemple), la prise en compte de la diversité des thèses

²¹ Cf. art. 10 al. 4 LSPro

²² Cf. art. 54 al. 4 let. g ODE

²³ Cf. annexe 4 ch. 1 al. 3 ODE

²⁴ Art. 29 par. 1 du règlement (CE) 1829/2003

en présence, ainsi que la présentation des éventuelles incertitudes, des avis minoritaires et des options possibles en matière de gestion du risque. En outre, les disciplines scientifiques et le nombre des experts qui composent les commissions d'évaluation, ainsi que les obligations d'indépendance de ceux-ci (par exemple par le biais de « déclarations d'intérêts ») devraient également être prévus.²⁵ Notons que l'ancrage, dans la loi, de la consultation de tiers, comme un comité d'éthique ou des représentants d'intérêts publics, favorise la pluridisciplinarité de l'expertise.²⁶

Enfin, deux éléments améliorant la prise en compte de l'intérêt général méritent des aménagements de la législation relative à la protection de la santé publique. Il s'agit, d'une part, de l'implication de représentants des patients, des consommateurs ou d'utilisateurs dès le début de l'élaboration des textes législatifs, puisque leur consultation sur des projets rédigés, fruits de savants compromis, ne permet pas une prise en compte suffisante des intérêts de la société civile. D'autre part, sans accès de ces mêmes organisations à la justice, le contrôle des décisions en matière de risque ainsi que la pluralité de l'expertise demeurent largement lacunaires. Les expériences faites avec les recours des organisations de protection de l'environnement montrent que l'introduction d'une telle possibilité n'engendre pas de surcharge des tribunaux, contrairement à ce qui a été craint²⁷ : les adaptations requises semblent réalisables en matière de protection de la santé publique également. Nous avons vu qu'il est impératif de discuter, de questionner l'opportunité des choix relatifs aux développements technologiques au sein de la société civile ; d'autres voies favorisant la « démocratie participative » ont été explorées, nous renvoyons à ce sujet aux auteurs que nous avons évoqués au chapitre 3.²⁸

9.2.3. Concernant la responsabilité

Le dernier élément de concrétisation du principe de précaution que nous allons examiner concerne la responsabilité étatique, civile et pénale pour insuffisance de précaution. Nous avons vu les obstacles que constituent à cet égard, en situation d'incertitude scientifique durable ou de dommage à long terme, l'exigence de la preuve du rapport de causalité ainsi que la prescription. En outre, la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités dans la mise en œuvre du principe de précaution est susceptible de restreindre considérablement la possibilité d'imputer une responsabilité étatique pour insuffisance de précaution. De même, pour la responsabilité civile, l'interprétation stricte de la notion de faute ainsi que les exonérations de responsabilité. En matière pénale, ce sont les limites posées à l'interprétation du droit qui rendent aléatoire la punissabilité d'une personne à l'origine d'un risque scientifiquement incertain.²⁹ Or il paraît nécessaire, afin de renforcer l'effectivité du principe de précaution, d'adapter les

²⁵ Cf. NOIVILLE, DE SADELEER, p. 417-423

²⁶ C'est le cas notamment en matière d'organismes génétiquement modifiés. Sont consultées, pour toute demande d'autorisation, d'une part, la Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique, qui peut elle-même faire procéder à des expertises et à des enquêtes, et, d'autre part, la Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain, au sein de laquelle plusieurs milieux intéressés sont représentés (art. 22 et 23 LGG)

²⁷ FLÜCKIGER, MORAND, TANQUEREL, p. 205 ; ROMY, p. 274

²⁸ Ch. 3, pt. 3.1.4

²⁹ Ch. 3, pts. 3.3.3 et 3.3.4

régimes de la réparation des dommages dus à l'insuffisance de précaution et de prévoir les sanctions appropriées.

Concernant la responsabilité de l'État, tout d'abord, on peut penser à instaurer un allègement du fardeau de la preuve si le rapport de causalité entre l'acte dommageable et le dommage est difficile à établir en raison de l'incertitude scientifique, ou si l'on ne peut pas raisonnablement exiger l'administration de la preuve par celui qui demande réparation. Cela afin que ce ne soit pas la victime de l'atteinte, mais les pouvoirs publics qui supportent les conséquences de l'incertitude. Il faudrait également allonger les délais de prescription, de sorte que les effets à long terme d'un acte ou d'une abstention puissent engager la responsabilité de leur auteur. Demeure la difficulté d'imputer une responsabilité à un organe étatique qui aurait pu prendre une meilleure décision, lorsqu'il dispose d'une marge d'appréciation et que l'on ne peut pas considérer qu'il a agi de façon manifestement contraire au droit. Le résultat de la mise en œuvre du principe de précaution est en effet difficile à prédéterminer, en raison de la variété et de l'imprévisibilité des situations de risque incertain, ainsi que de la nécessité de permettre aux pouvoirs publics de procéder, dans chaque cas concret, à une pesée des intérêts, de façon à aboutir à la solution la plus satisfaisante globalement. Il est en outre important que les autorités n'agissent pas principalement dans l'optique d'éviter toute responsabilité, mais plutôt dans l'intérêt de la collectivité dans son ensemble et, si possible, en se fondant sur des délibérations publiques. Il s'agit d'un obstacle majeur à la possibilité d'imputer une responsabilité étatique pour insuffisance de précaution. Une atténuation de ce fait réside dans la création de dispositifs d'indemnisation collectifs³⁰, comme en matière de lutte contre les épizooties où les éleveurs sont dédommagés s'ils sont contraints, par mesure de prévention ou de précaution, d'abattre tout un cheptel.³¹

Concernant la responsabilité civile, nous avons évoqué le postulat formulé par la doctrine selon lequel ceux qui peuvent être tenus d'une responsabilité pour faute (art. 41 CO) ou d'une responsabilité fondée sur la violation d'un devoir particulier de diligence (art. 55 et 58 CO, 679 CC) ne sauraient assumer les conséquences de risques ignorés ou largement sous-évalués, donc imprévisibles.³² Une responsabilité civile pour insuffisance de précaution ne peut dès lors être engagée que si le principe de précaution est concrétisé de façon à prescrire des obligations aux particuliers. Si tel n'est pas le cas, ou si l'on choisit de courir certains risques, il faudrait prévoir une responsabilité pour risques concernant l'activité ou le produit en cause, comme pour le génie génétique.³³ Il faudrait également exclure l'insuffisance de précaution de l'exonération pour risques de développement. Par ailleurs, la démonstration du lien de causalité peut poser problème lorsque des incertitudes subsistent quant à l'origine du dommage. Ainsi, même si la jurisprudence actuelle tend à présumer ce lien lorsqu'il ne peut être établi avec certitude mais paraît d'une vraisemblance convaincante³⁴, un ancrage législatif de

³⁰ Cf. KOURILSKY, VINEY, p. 185

³¹ Art. 31 et 32 LFE

³² Ch. 3, pt. 3.3.3

³³ Art. 30 LGG ; voir également, entre autres, la contribution de FUHLROTT sur la question

³⁴ Cf. WESSNER, *Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse*, p. 794 ; TRÜEB, *Commentaire ad art. 59a LPE*, n° 39-40

l'allègement du fardeau de la preuve paraît opportun, puisqu'une situation d'incertitude scientifique peut n'inspirer aucune conviction. Il faut aussi allonger les délais de prescription³⁵, ou prévoir qu'ils ne peuvent pas commencer à courir avant que les effets dommageables se soient produits. Notons que de tels aménagements du régime de la responsabilité ont été expressément prévus dans la loi sur le génie génétique et en matière d'organismes pathogènes³⁶, où la constitution de garanties est également imposée³⁷ afin, notamment, que la réparation effective du préjudice soit assurée. Rappelons cependant que si l'aménagement de la responsabilité civile est nécessaire lorsque l'on accepte de courir certains risques, un tel régime n'a pas de fonction proprement préventive ; il s'agit plutôt d'une façon de déléguer le contrôle des risques aux acteurs de la société civile. Par contre, l'obligation de contracter une assurance peut inciter à substituer l'activité ou les produits en question par d'autres moins dangereux.³⁸

Un autre moyen envisageable pour intégrer la logique de précaution au système de la responsabilité étatique et civile est d'assouplir la notion de dommage. Aujourd'hui, seul le dommage certain et actuel, ou tout au moins imminent, est susceptible de justifier la mise en jeu de la responsabilité. On pourrait renoncer à cette exigence et admettre que la simple création d'un risque soit assimilée à un dommage indemnisable, tout en octroyant au juge la faculté de prononcer des mesures conservatoires.³⁹ Cela constituerait un moyen de remédier à l'absence de mise en œuvre du principe de précaution par les pouvoirs publics.

Quant à la responsabilité pénale pour violation du principe de précaution, nous avons évoqué l'inadéquation de la réglementation actuelle : les normes réprimant une mise en danger concrète sont inaptes à appréhender l'insuffisance de précaution, alors que la question de savoir si celle-ci tombe sous le coup d'une norme prévoyant la punissabilité de l'auteur d'une mise en danger abstraite demeure ouverte. Certaines dispositions du droit pénal accessoire étendent la responsabilité pénale à la création de risques dont l'existence est incertaine, par exemple en matière de prévention de la maladie de Creutzfeldt-Jakob lors des interventions médico-chirurgicales⁴⁰ ou d'organismes génétiquement modifiés.⁴¹ Le législateur devrait en faire de même dans d'autres législations sectorielles qui prévoient la mise en œuvre du principe de précaution, et allonger les délais de prescription, afin que les auteurs de comportements faisant fi de prudence n'échappent pas à leur responsabilité pénale du seul fait de l'incertitude scientifique quant au risque ou du temps de latence entre leurs actes et les conséquences de ces actes.

³⁵ Le Département fédéral de justice et police a été chargé de proposer un projet de modification législative visant à prolonger, de façon générale, les délais de prescription en matière de responsabilité civile, cf. http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-01-21.html (consulté le 28 juin 2010)

³⁶ Art. 32 et 33 LGG, art. 59a^{bis} al. 8 et 59c al. 2 LPE

³⁷ Art. 11 et 14 ODE

³⁸ TRÜEB, *Commentaire ad art. 59a LPE*, n° 1 et 3

³⁹ KOURILSKY, VINEY, p. 180-181 ; cf. également DUPONT, p. 115 -121

⁴⁰ Art. 4 de l'ordonnance sur la prévention de la maladie de Creutzfeldt-Jakob lors des interventions médico-chirurgicales

⁴¹ Art. 35 LGG

Conclusion

Cette étude avait pour objectif d'établir un bilan relatif à l'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique. Il a fallu pour cela examiner les fondements juridiques de la prévention des risques scientifiquement incertains, et comprendre les enjeux du recours à un principe plutôt qu'à une démarche de précaution prédéterminée. Dans cette optique, nous nous sommes efforcée de saisir le contenu et les implications du principe de précaution dans les ordres juridiques étudiés, quoique l'ampleur de la tâche nous ait parfois incitée à survoler certains champs d'investigation. Les interactions entre précaution et responsabilité étatique, civile et pénale, la participation du public aux choix en matière de risque, les relations entre le principe de précaution et d'autres principes généraux du droit public, ou encore les moyens pour remédier aux déficits de mise en œuvre du principe de précaution, en particulier, mériteraient une réflexion plus approfondie.

Nous avons néanmoins pu mettre en évidence certains faits intéressants. Le premier constat qui paraît devoir figurer dans cette conclusion est que le recours au principe de précaution est nécessaire pour garantir une meilleure protection de la santé publique. En effet, les signes avant-coureurs de risques pour la santé des populations ont souvent été sciemment ignorés ; l'affaire de l'amiante ou de l'utilisation d'antibiotiques comme promoteurs de croissance animale sont des exemples parmi beaucoup d'autres. À l'heure actuelle, la situation est contrastée. On s'active parfois vigoureusement pour se prémunir de menaces dont la réalisation semble imminente, alors que d'autres démarches de précaution sont plus discrètement suivies, par exemple en matière d'additifs alimentaires ou de produits thérapeutiques. Mais le contrôle et le cas échéant la canalisation des applications du développement technologique au nom de la protection de la santé sont encore insuffisants, voire tabous. Les problèmes posés, par exemple, par les perturbateurs endocriniens ou l'utilisation trop large d'antibiotiques en médecine vétérinaire et en agriculture illustrent une réticence des pouvoirs publics à agir préventivement même lorsque des indices fiables de risques sont reconnus. L'extension du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé publique permet de clarifier la portée des devoirs de prévention. Les pouvoirs publics ne peuvent plus se soustraire à la prise en compte des risques scientifiquement incertains, le cas échéant à la prise de mesures de prévention effectives, tout en conservant une marge de manœuvre importante dans la gestion des risques.

Face aux craintes que suscite une intervention étatique renforcée, les autorités administratives et judiciaires répondent que le principe de précaution est intrinsèque à la protection de la santé. Or les interrogations relatives à la prévention des risques scientifiquement incertains ne se sont généralisées dans ce domaine que depuis le scandale du sang contaminé par le virus du SIDA en France et la menace d'une catastrophe sanitaire due à l'encéphalopathie spongiforme bovine. Nous avons constaté en outre un manque de cohérence des pouvoirs publics, invoquant le principe de précaution quand ça les arrange et omettant de le mentionner lorsqu'ils renoncent à prendre des mesures proprement préventives. Une extension explicite du champ d'application du principe de précaution à la protection de la santé devrait, d'une part, inciter les autorités à mieux motiver leurs choix – transparence favorisant le débat

public et, le cas échéant, l'intervention politique quant à l'acceptabilité d'un risque. D'autre part, une telle extension devrait supposer la prise en compte adéquate de l'incertitude scientifique en amont d'éventuelles mesures de précaution. La surveillance des risques, en particulier, ainsi que l'implication, dans les choix en matière de risque, des milieux intéressés indépendants des intérêts de l'industrie sont des points cruciaux que l'on ne devrait plus pouvoir négliger.

Nous avons aussi constaté parfois une méconnaissance des modalités de la prise de décision en situation de risque incertain dans la jurisprudence relative à la mise sur le marché de médicaments. On peut espérer que l'extension explicite du champ d'application du principe de précaution, par le législateur ou le Tribunal fédéral, contribuerait à clarifier son impact à l'égard de l'expertise. Une telle extension devrait signifier en outre l'ajustement du seuil de gravité et de vraisemblance du risque, conditionnant l'admissibilité d'une action en justice, à l'exigence du « motif raisonnable de s'inquiéter » légitimant la mise en œuvre du principe de précaution, sous peine de limiter indûment le contrôle juridictionnel de l'insuffisance de précaution.

Nous avons enfin évoqué la nécessité d'octroyer aux pouvoirs publics les moyens juridiques d'agir de façon rapide et proportionnée face aux risques scientifiquement incertains, ceux-ci revêtant souvent des formes multiples, imprévisibles, un caractère évolutif, ainsi qu'un degré de complexité élevé. Ce sont les principaux motifs pour lesquels nous avons considéré que l'attribution explicite, aux pouvoirs publics, du devoir de mettre en œuvre le principe de précaution pour protéger la santé relève d'une indispensable adaptation des normes aux réalités contemporaines.

Une extension du champ d'application du principe de précaution peut se matérialiser par une disposition légale prévoyant que les autorités ou les particuliers désignés prennent les mesures propres à éviter les menaces pour la santé même en l'absence de preuve du risque. Nous n'avons pas estimé opportun de prescrire dans une telle norme d'exigence quant aux indices de risques, puisque les pouvoirs publics doivent pouvoir intervenir, par le biais d'un *monitoring* par exemple, lorsque très peu de données sont disponibles. La condition de la gravité potentielle semble également inadéquate, en raison de son contenu subjectif ou relatif, de la difficulté à caractériser le risque en situation d'incertitude scientifique, et parce que l'on choisit parfois d'éviter tout atteinte à la santé. En outre, une concrétisation de l'exigence de la proportionnalité de l'action étatique, voire une mention de la possibilité de ne pas prendre de mesures même si le risque est grave, peut menacer l'effectivité du principe de précaution.

Malgré son imprécision, la norme envisagée améliore tout de même la sécurité du droit, puisqu'elle contribue à la cohérence, donc à la rationalité et à la prévisibilité de l'action étatique. L'énonciation d'un principe juridique évite en outre une surenchère législative, ainsi que l'instabilité de dispositions rapidement obsolètes. Enfin, elle peut remplacer des formulations dont la rigidité ou le niveau de détail impose des solutions concrètes arbitraires.¹ Un texte légal indéterminé peut dès lors être inévitable, voire souhaitable, en particulier lorsque des règles précises ne permettent pas de saisir la complexité ou le

¹

Cf. MOOR, *De la place de la prohibition de l'arbitraire*, p. 609

caractère évolutif de la situation à réglementer. Il faut en effet, sans nier l'importance fondamentale – et à certains égards mythique² – du principe de la légalité, reconnaître l'évolution du phénomène juridique. D'ailleurs, moins de légalité ne signifie pas forcément moins de démocratie : de nouveaux moyens, tels que la participation des intéressés (et pas seulement des parties) au processus décisionnel, ont été élaborés pour « rendre la légalité plus réaliste ». L'exigence d'une motivation d'autant plus détaillée que la norme appliquée est vague est également efficace pour prévenir l'arbitraire des décisions.³ Bref, ce sont des dispositifs de nature procédurale qui peuvent pallier la moindre « densité normative » du principe de précaution. Une vision dogmatique et intransigeante du principe de la légalité ne serait-elle pas le reflet de l'intérêt corporatif des juristes, (més)usant de leur prérogative de « dire le droit » pour supprimer tout autre point de vue sur la rationalité de l'activité étatique ?⁴ Intransigeance relayée par les tenants de la « dérégulation », cultivant une méfiance tenace envers l'administration (ceci n'étant peut-être pas sans lien avec cela) ?

Nous allons terminer en rappelant qu'en l'absence de certaines garanties procédurales et adaptations des régimes juridiques existants, l'effectivité de la mise en œuvre du principe de précaution ne peut être garantie. Nous avons relevé en particulier que les organisations de patients, de consommateurs ou d'utilisateurs devraient être associées aux choix en matière de risques, tant lors de l'élaboration même de la législation que dans les processus décisionnels, par exemple au sein de commissions consultatives. Il faudrait aussi remédier au fait que de nombreuses décisions impliquant potentiellement des dommages collectifs sont purement et simplement soustraites à tout contrôle, donc ouvrir, en matière de santé publique également, des voies de recours à des organisations à but idéal. Ces thèmes ne sont pas nouveaux ; ils prennent une dimension particulière en situation d'incertitude scientifique, car les moyens évoqués favorisent la participation du public à la gestion des risques ainsi que la pluralité de l'expertise.

Nous avons constaté également que la responsabilité juridique – étatique, civile ou pénale – semble à l'heure actuelle souvent inapte à appréhender les conséquences dommageables du développement technologique. Or la dilution de la responsabilité favorise la prolifération des risques.⁵ On mesure l'importance de déterminer un régime de responsabilité permettant la réparation et la sanction de l'insuffisance de précaution. Il ne s'agit toutefois pas de se contenter de régler la répartition des dommages et de punir les coupables, puisqu'il y a des atteintes irréparables et des biens « hors de prix ». Il faut avant tout mettre l'accent sur la prévention des risques pour la santé publique – et donc aussi pour notre environnement –, comme devrait le permettre, *en principe*, le principe de précaution.

² CHEVALLIER, p. 57

³ Cf. MOOR, *De la place de la prohibition de l'arbitraire*, p. 616

⁴ Sur le tout, MACLAUCHLAN, p. 91-106

⁵ PERETTI-WATEL, p. 17