

Séance du 28 mars 2022

Séminaire interne : "l'incertitude"

Une appréhension de l'incertitude scientifique par le droit : le principe de précaution.

Philippe PÉTEL

Ancien doyen de la Faculté de droit de Montpellier
Académie des Sciences et Lettres de Montpellier

MOTS CLES

SEM2022, Principe de précaution, Incertitude scientifique, Environnement, Santé publique.

RÉSUMÉ

Le principe de précaution régit la mise en œuvre, en présence d'une incertitude scientifique, de l'obligation générale de prudence et de diligence pesant sur tout sujet de droit. Il est énoncé par des textes en matière d'environnement et implicitement admis en matière de santé publique. Sa portée juridique est plus réduite que certains le pensent : il n'oblige pas à considérer que le pire est certain mais à tenir compte de cette éventualité, à évaluer les risques et, si cette évaluation le justifie, à traiter une forte probabilité comme une certitude. Ce principe ne pose pas de problème en soi, mais la judiciarisation de la vie sociale incite ceux qui sont susceptibles d'être, un jour, poursuivis à « ouvrir le parapluie ».

Pour retrouver les autres conférences de ce séminaire : dans la page d'accueil (<https://www.ac-sciences-lettres-montpellier.fr>), cliquer sur "Rechercher un document", et dans la fenêtre qui s'affiche, entrez le mot-clé : SEM2022

1. Un principe controversé

Le principe de précaution est l'une des rares notions juridiques sur laquelle chacun, juriste ou non, a une opinion. Et même une opinion tranchée. Aussi tranchée que celle de nos aïeux sur la culpabilité ou l'innocence du capitaine Dreyfus.

Pour les uns, le principe de précaution est une avancée historique. Il est le signe d'une société bienveillante, plaçant le souci du bonheur individuel, de la santé et de la sécurité des hommes avant l'esprit de lucre. C'est, d'ailleurs, pour conquérir un électorat au sein duquel cette opinion est très répandue que Jacques Chirac a choisi de mettre en avant ce principe lors de sa campagne de réélection, en 2002. Ainsi, le principe de précaution est entré dans la Constitution, au sein d'une Charte de l'environnement votée par les deux assemblées réunies en 2005 et qui figure désormais dans ce que l'on nomme « le bloc de constitutionnalité », au même titre que la déclaration des droits de l'homme de 1789.

Pour les autres, le principe de précaution est un boulet aux pieds des forces vives du pays. Il est le signe d'une société timorée, avide du risque zéro. Or, celui-ci est un fantasme incompatible avec le progrès technique et l'amélioration de la condition humaine. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'initiative de Jacques Chirac a engendré tant de polémiques. L'Académie des sciences, dans un rapport en date du 18 mars 2003, recommandait « *que le principe de précaution ne soit pas inscrit dans des textes à valeur constitutionnelle car il pourrait induire des effets pervers, susceptibles d'avoir des conséquences désastreuses sur les progrès futurs de notre bien-être, de notre santé et de notre environnement* »¹. La Commission Attali « pour la libération de la croissance française », désignée par le successeur de Chirac en 2008, faisait même de la suppression du principe de précaution l'une des recettes incontournables pour gagner quelques points de croissance².

Le principe de précaution mérite-t-il vraiment cet excès d'honneur ou cette indignité ?

2. Une confusion fréquente

Pour répondre à la question, il convient d'abord d'identifier ce dont on parle.

Devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire, le principe de précaution est souvent invoqué par les plaideurs. Le site Légifrance révèle que le Conseil d'État a rendu 240 décisions où il en était question au cours des vingt dernières années. La Cour de cassation, 112. Or, l'examen de cette jurisprudence montre que le principe de précaution est souvent invoqué à mauvais escient. Par exemple, pour justifier l'évaluation prudente à laquelle se livre un commissaire-priseur dans une vente aux enchères³. Ou pour contester la substitution du port d'un bracelet électronique à une mesure d'emprisonnement d'un délinquant⁴.

Il y a là une confusion. Ce qui, alors, est en cause, c'est l'obligation générale de prudence et de diligence qui est à la base de la responsabilité civile, de la responsabilité administrative, voire de certaines infractions pénales. Une idée connue du droit français bien avant qu'on y énonce le principe de précaution. Une obligation qui s'impose aux personnes physiques, tant dans leur vie privée que dans leur vie professionnelle, comme aux entreprises, aux collectivités publiques et à leurs dirigeants. C'est en vertu de cette obligation générale que les présidents de notre Académie s'efforcent toujours de nous réunir dans des locaux sécurisés, afin qu'un éventuel incendie n'entraîne pas une hécatombe qui serait bien fâcheuse pour notre institution !

Or, le principe de précaution ne se confond pas avec cette obligation générale de prudence et de diligence.

3. La définition du principe de précaution

Le principe apparaît dans la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, fruit d'une conférence des Nations unies tenue en juin 1992. Selon l'article 15 de cette déclaration :

1 www.academie-sciences.fr/activite/rapport/avis180303a.pdf

2 www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041/0000.pdf

3 Cass. 1ère civ. 15 juin 2016, n°15-50055 (v. le texte du pourvoi)

4 CE, 26 nov. 2010, n° 323694

« 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 ».

Comme toutes les déclarations de ce genre, il s'agit d'un vœu pieux. Mais il énonce une idée importante : la précaution s'impose en présence d'un risque grave, même s'il n'est pas scientifiquement avéré (*« en l'absence de certitude scientifique absolue »*).

Le principe juridique inspiré de cette déclaration a fait son apparition en droit français dans une loi n°95-101 du 2 février 1995 relative à la protection de l'environnement. Celle-ci introduisait à l'article L.200-1 du Code rural une disposition qui sera transférée ultérieurement dans le Code de l'environnement lors de sa création par l'ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000. Elle y figure, encore aujourd'hui, au premier article de ce Code, l'article L.110-1, qui énonce les principes devant guider les politiques publiques en la matière. Au premier rang de ces principes, il cite :

« Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

C'est une règle pratiquement identique qui a été gravée dans le marbre de la Constitution en 2005. Selon l'article 5 de la Charte de l'environnement :

« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

C'est dire qu'en adoptant la Charte de l'environnement, les assemblées n'inventaient rien. Mais elles donnaient à ce principe une place au sommet de la hiérarchie des normes. Or, on sait que le Conseil constitutionnel s'est érigé en cour suprême depuis 1974. Il peut, sur la base des principes extrêmement généraux figurant dans le bloc de constitutionnalité, censurer une loi émanant du Parlement alors même que celui-ci exprime la volonté de la nation⁵.

Dans tous ces textes, on voit que ce qui caractérise le principe de précaution, ce n'est pas la reconnaissance d'une obligation de prudence et de diligence. Celle-ci est connue du droit français depuis fort longtemps. En réalité, le principe de précaution est

⁵ La valeur constitutionnelle du principe a été discutée. V. B. Mathieu, *Incertitudes quant à la portée de certains principes inscrits dans la Charte constitutionnelle de l'environnement* : JCP G 2009, II, 10028. Elle est admise par le Conseil constitutionnel. V. Cons. const. 19 juin 2008, n° 2008-564. Le Conseil constitutionnel n'a pas abusé de ce nouveau moyen d'imposer des contraintes au législateur. À ce jour, il a été saisi dix fois sur la base du principe de précaution. Chaque sujet de société soulevant cette problématique lui a été soumis : les OGM (Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564), le gaz de schiste (Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346), les produits phytosanitaires (Cons. const. 10 décembre 2020, n° 2020-809), les recherches sur l'embryon (Cons. const., 29 juill. 2021, n° 2021-821). Jamais il n'a censuré une loi sur ce fondement. Récemment encore, il approuvait la loi dérogeant temporairement, en faveur des producteurs de betteraves et pour des raisons économiques, à l'interdiction de principe d'un produit supposé dangereux pour les abeilles (Cons. const. déc. 10 décembre 2020, n°2020-809).

la norme qui régit la mise en œuvre de cette obligation, dans le domaine de l'environnement, en présence d'une incertitude scientifique.

Voilà donc ce qui est en cause : l'appréhension de l'incertitude scientifique par le droit.

4. Le droit face à l'incertitude

La question de l'appréhension de l'incertitude (scientifique ou non) par le droit ne date pas d'hier. Elle s'est toujours posée. Pour décrire la réponse que lui donne le droit français, on peut dire que celui-ci oscille entre deux attitudes.

Parfois, la règle de droit s'efface devant l'incertitude des faits. Chacun connaît le principe de droit pénal selon lequel le doute profite à l'accusé : la sanction pénale ne saurait s'appliquer à celui dont la culpabilité n'est pas établie avec certitude. La règle est la même dans le régime classique de la responsabilité civile pour faute : la victime doit établir avec certitude la faute du défendeur et le lien de causalité entre cette faute et son préjudice. Le juge ne peut condamner sur la base d'une faute ou d'un lien de causalité qu'il tiendrait seulement pour probable.

Parfois, au contraire, le droit surmonte l'incertitude en lui substituant une vérité légale qui va justifier l'application de la règle. Ainsi, le lien de filiation unissant l'enfant à son père a toujours été un fait douteux (du moins avant les récents progrès de la science). Notre droit a emprunté au droit romain une solution permettant de surmonter cette incertitude fondamentale. C'est la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Elle permet d'attribuer une filiation paternelle à tout enfant d'une femme mariée en désignant pour père le mari de celle-ci. On rencontre aujourd'hui des solutions analogues en matière de responsabilité civile. Depuis le développement du machinisme au XIX^{ème} siècle, puis de l'automobile, au XX^{ème}, le droit a été confronté à des dommages qu'il est impossible d'attribuer avec certitude à une faute humaine. Or, il a paru opportun de faire assumer la réparation par le propriétaire ou l'exploitant des machines ou des véhicules impliqués. Ainsi sont nés des régimes de responsabilité de plein droit (ou « automatique ») qui permettent d'assurer à la victime une réparation sans qu'elle ait à établir une faute et un lien de causalité qui resteront donc incertains : responsabilité du fait des choses en général et responsabilité du fait des véhicules.

Pourtant, cette présentation séduisante est une construction théorique qui néglige l'essentiel.

Il faut aussi tenir compte du fait qu'il existe des degrés dans l'incertitude des faits.

Ainsi, le principe selon lequel le doute profite à l'accusé joue, en réalité, très rarement devant les juridictions pénales. Il suffit que des indices « graves précis et concordants » emportent l'intime conviction du juge pour que le doute disparaisse. Le fait incertain devient alors suffisamment probable pour que le juge le tienne pour avéré et prononce, en conséquence, une condamnation. Landru n'a pas bénéficié du doute bien qu'on n'ait jamais retrouvé les cadavres de ses victimes.

5. Le principe de précaution dans la loi

Où se situe le principe de précaution dans cette théorie générale de l'incertitude face à la règle de droit ?

Sommes-nous en présence d'une situation où le droit écarte l'incertitude en lui substituant une vérité légale ? Ce serait le cas si la loi décidait qu'en présence d'un risque

possible de dommage grave pour l'environnement, les pouvoirs publics doivent tenir ce risque pour avéré : en d'autres termes, que le pire est toujours certain.

Or, ni la loi, ni la charte de l'environnement ne disent une chose pareille. L'absence de certitude n'est pas assimilée à la certitude du pire. Il est seulement précisé qu'elle ne justifie pas l'inaction. Et cette consigne s'adresse à des administrations dont la mission est d'évaluer les risques et de prendre des mesures proportionnées en tenant compte d'autres contraintes, en particulier des contraintes économiques. Au demeurant, la charte de l'environnement le précise expressément en évoquant « la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées ».

C'est dire que le principe de précaution n'est que la mise en œuvre de l'idée selon laquelle il existe des degrés dans l'incertitude des faits. Le Code et la Charte de l'environnement invitent tout bonnement les pouvoirs publics à en tenir compte, à évaluer cette incertitude et, si cette évaluation le justifie, à traiter une forte probabilité comme une certitude.

En cela, ce principe n'est pas révolutionnaire. Il s'apparente à cette règle de preuve qui autorise le juge à tenir pour vrai un fait incertain sur la base de simples indices qu'il estime suffisants pour emporter son intime conviction.

6. Le principe de précaution dans la jurisprudence

Au demeurant, cette analyse est confirmée par la position de la jurisprudence sur une question voisine et dans un domaine auquel, précisément, certains voudraient étendre le principe de précaution alors qu'aucun texte ne le prévoit : celui de la santé publique.

Cette jurisprudence concerne, plus précisément, la responsabilité du fait des produits médicaux. On sait qu'un contentieux récurrent s'est développé à propos du vaccin contre l'hépatite B, accusé de favoriser la sclérose en plaques chez certains sujets. À l'occasion de poursuites contre le fabricant du vaccin, des plaideurs ont soutenu que le principe de précaution engendrerait une présomption de causalité au profit de la victime. En d'autres termes, que l'incertitude scientifique obligerait à admettre pour vraie la thèse des victimes.

Or, la Cour de cassation a clairement rejeté cette analyse.

En revanche, elle a admis que le juge peut retenir la responsabilité du fabricant en l'absence de preuve scientifique certaine du rôle causal du vaccin, dès lors que celui-ci résulte « de simples présomptions⁶, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes »⁷.

Autrement dit, le doute scientifique des experts sur le rôle causal du vaccin n'impose nullement de retenir la responsabilité du fabricant. Mais il appartient au juge, en fonction des éléments de l'espèce, de déterminer si le degré de probabilité de ce rôle causal est suffisamment élevé pour que ce rôle causal soit considéré comme certain et justifie une condamnation. Ainsi, la demande a-t-elle pu être rejetée dans une espèce où

⁶ Le mot est pris, ici, au sens de « présomption du fait de l'homme », par opposition aux présomptions légales. C'est une autre manière de nommer les indices.

⁷ Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2008, n°06-10967 : D. 2008, 1544, note I. Gallmeister ; RTD Civ 2008, 492, obs. P. Jourdain. V. également en ce sens : Cass. 1^{ère} civ. 22 janvier 2009, n°07-16449 ; Cass. 1^{ère} civ. 25 juin 2009, n°08-12781 ; Cass. 1^{ère} civ. 10 juillet 2013, n°12-21314 : D.2013, n°34, p.2312, note Ph.Brun ; RTD Civ. 2013/4, p.852, obs. .P. Jourdain..

plusieurs autres facteurs pouvaient être à l'origine de la maladie⁸. Au contraire, elle a pu être admise dans une espèce où les antécédents du patient, la chronologie des faits et le nombre anormalement élevé d'injections accroissaient fortement la probabilité du rôle causal du vaccin⁹.

La jurisprudence européenne est dans le même sens¹⁰.

7. La portée du principe de précaution

On voit donc que le principe de précaution, dans le domaine où il est affirmé par la loi comme dans les domaines où on le tient pour une norme implicite, n'impose pas une vérité légale en présence d'une incertitude scientifique.

Il n'oblige pas à tenir pour acquise la thèse la plus pessimiste.

Il oblige seulement à la prendre en considération. En laissant à chacun, administration ou juge, le soin d'apprécier concrètement le degré de probabilité de chaque thèse et de tenir compte, dans la décision qui lui incombe, de tous autres éléments relevant de sa compétence (par exemple le rapport bénéfice / risque quand il s'agit d'autoriser un produit réglementé).

8. Une fâcheuse tendance

Est-ce à dire que tout est pour le mieux dans la meilleure des législations ? Que notre société est à l'abri du fantasme du risque zéro ? Un fantasme dangereux, qui porte en lui la tentation de renoncer à toute innovation puisque toute innovation engendre de nouveaux risques mal connus : les ondes émises par les téléphones portables et les antennes relais n'ont-elles pas des effets néfastes sur la santé ? Les nouveaux vaccins n'ont-ils pas des effets secondaires plus dangereux que la maladie qu'ils combattent ?

La réponse ne fait guère de doute : le fantasme du risque zéro nous guette en permanence. Mais le problème ne vient pas du principe de précaution. Il résulte de deux phénomènes sociologiques marquants de notre époque. D'abord, l'infantilisation des citoyens, qui attendent de l'État une protection absolue dans tous les domaines. Ensuite, la judiciarisation forcée de la vie sociale : il n'est plus de malheur qui, aujourd'hui, n'appelle la désignation d'un coupable par la justice¹¹. Les juridictions françaises s'accroissent de ces phénomènes, qui leur donnent le beau rôle. Au demeurant, l'exemple leur est donné par la Cour européenne des droits de l'homme qui, sur la base de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant « un droit à la vie », condamne les États dont elle juge qu'ils n'assurent pas une protection suffisante à leurs citoyens contre toutes sortes de dangers¹².

⁸ Cass. 1^{ère} civ. 22 janvier 2009, préc.

⁹ Cass. 1^{ère} civ. 10 juillet 2013, préc.

¹⁰ CJUE 21 juin 2017, C-621/15 : JCP G 2017, 908, note G.Viney ; RTD Civ 2017, 877, obs. P. Jourdain.

¹¹ Les choses vont parfois très loin et au-delà du raisonnable : v. Cass. crim. 10 mai 2012, n°12-81197 : Rev. sc. crim. 2012/2, p.353, note P. J. Delage, validant les poursuites pénales diligentées contre la hiérarchie militaire à la suite de la mort de soldats au combat en Afghanistan.

¹² Sécurité sur la voie publique (CEDH 14 juin 2011, Ciechonska c. Pologne : JCP G 2011, 914, obs. F.Sudre) ; risques suicidaires des malades psychiatriques ou des détenus (CEDH 11 janvier 2011, Servet Gündüz et a. c. Turquie, req. n°4611/05).

Il en résulte une tendance naturelle chez ceux qui sont susceptibles d'être, un jour, poursuivis : « ouvrir le parapluie ». Ce qui peut conduire à appliquer le principe de précaution en surévaluant la probabilité du pire. La gestion de l'épidémie de covid 19 en France a, parfois, donné quelques exemples de cette attitude. On en dénonce bien d'autres¹³.

Le principe de précaution n'est pas un problème. L'infantilisation des populations et, surtout, la judiciarisation à outrance de la vie sociale, voilà l'ennemi !

¹³ V. Rapport sur le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques [Compte rendu de l'audition publique du 1er octobre 2000] : Rapp. AN n° 1964, 9 oct. déposé par C. Birraux et J.-C. Etienne, Treizième législature, Assemblée nationale, 2009.