

⁸ Steichen, P., 1998. Santé et environnement : le rôle du droit de l'environnement. AER 1-5 (147) ; C.E. 25 septembre 1998, Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, 7 octobre 1998, n° 69, 8292.

⁹ Alternatives végétales, Conférence-débat, 16 mai 2000, Amiens.

¹⁰ Godard, O. Voir notamment sur l'expertise : Projet n° 261, mars 2000 ; Cahiers Français n° 294, février 2000 et Politix, n° 48, 4^e trimestre 1999.

dans la défense de l'environnement : « Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement. Les personnes publiques et *privées* (souligné par nous) doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences ». C'est oublier, d'autre part, la supériorité du droit communautaire sur le droit interne. Il faut déduire du principe de précaution qu'il s'applique non seulement à l'action des autorités publiques, mais encore aux particuliers et aux industriels dont les pratiques risquent d'avoir un impact sur l'environnement ou sur la santé⁸. C'est dire que le juge est appelé à donner toute sa valeur juridique au principe

de précaution en y faisant référence dans sa motivation.

« L'intériorisation » du principe par les décideurs⁹ confirme d'ailleurs sa force obligatoire, au moins à titre de coutume. Les agents économiques démontrent ainsi qu'ils sont à l'écoute des signaux du marché et de la société civile. Principe d'action, la précaution est une responsabilité de tous les décideurs y compris les décideurs privés qui doivent bien sûr s'appuyer « sur les deux voies de l'expertise savante et du débat public » si l'on veut effectivement « éviter la persistance de la défiance courante envers l'expertise. »¹⁰

Réponse à Laurence Boy

Olivier Godard

OLIVIER GODARD
Économiste, directeur de recherche au CNRS
Laboratoire d'économétrie,
École polytechnique,
1, rue Descartes,
75005 Paris, France
godard@poly.polytechnique.fr

Qu'il est difficile d'être compris honnêtement ! Même quand on cherche à utiliser les mots justes... Ainsi quand je notais dans mon commentaire¹ sur l'article de Laurence Boy dans *NSS* que la définition du principe de précaution donnée par la loi Barnier était la seule à avoir valeur légale, ce n'était pas pour nier les apports de la jurisprudence à sa mise en œuvre, ce que semble croire Laurence Boy qui me le reproche, mais pour souligner que diverses définitions données dans des articles de doctrine ou des « réflexions » d'instances comme le Conseil d'État n'ont pas cette valeur, pas plus que les définitions soutenues par des organisations militantes, même quand elles sont relayées par des journalistes ou des universitaires.

Que Laurence Boy se considère amalgamée avec José Bové dans mon texte de commentaires la regarde et j'invite le lecteur à se rendre compte par lui-même de ce qu'il en est. Ma condamnation des agissements du groupe mené par ce dernier (destruction de cultures expérimentales de plantes transgéniques) touche au contenu précis de la précaution. Une démarche de précaution comporte comme composante essentielle le souci de développer la connaissance des risques potentiels, y compris à travers l'acceptation mesurée d'actions potentiellement risquées qui permettent une telle amélioration ;

la destruction dite « citoyenne » des moyens de recherche, équivalents modernes de la destruction par le feu des livres qui avaient le malheur de déplaire à certains activistes d'autres époques, est absolument contraire au principe de précaution quoi qu'en disent les intéressés qui présentent leurs méfaits comme une application citoyenne directe de ce principe. Mais où ai-je dit que Laurence Boy faisait partie de la bande à Bové ?

Sur le fond, je donne acte sans réticence à Laurence Boy concernant le pouvoir du juge de créer le droit ; je ne l'ai jamais contesté. Cela signifie que le droit positif peut évoluer autrement que par la loi. Mais chacun sait que le pouvoir du juge s'exerce dans les interstices de la loi ou vise à pallier des manquements ou des inerties du législateur face à des problèmes nouveaux résultant de l'évolution de la société. Il est plus difficile pour le non-juriste que je suis de comprendre que le juge puisse s'opposer formellement aux dispositions explicitement inscrites dans un texte de loi, sans que cela résulte de l'application d'un texte de loi supérieur. Or, la loi Barnier est explicite quant à la portée des différents principes « qui inspirent » (c'est ce que dit la loi) la protection de la nature. En appeler à l'article L200-2 mentionnant que personnes publiques et privées sont soumises aux

¹ Godard, O., Le principe de précaution, règle impérative ou principe possibiliste en appelant au jugement ? *NSS* 8 (2), 56-57.

mêmes exigences ne change rien au fait que ces exigences ont à être définies, pour tout le monde, « dans le cadre des lois qui en définissent la portée » comme le dit l'article L200-1. Si l'on entend prendre ses distances avec la loi Barnier en s'appuyant sur la jurisprudence récente, il faut alors s'en tenir aux éléments circonstanciés de cette jurisprudence ; ainsi n'est-il pas fondé d'invoquer l'article L200-2 de façon séparée de l'article L200-1 et en dehors du domaine de la protection de la nature, tant que la jurisprudence n'a pas procédé elle-même à cette séparation et à cette extension au-delà du domaine d'application d'origine.

Par ailleurs, Laurence Boy invoque la supériorité du droit communautaire sur le droit interne pour soutenir l'idée que le principe de précaution serait désormais un principe d'application générale et directe. C'est curieux. Je n'objecte pas sur la question de la supériorité du droit communautaire ni sur le fait que des traités puissent être d'application directe lorsque leur nature les prédispose à cela. Ce n'est pas le cas de tous les traités ; par exemple, je ne vois pas ce que signifierait l'application directe aux personnes privées des traités sur le désarmement stratégique qui, manifestement, engagent les autorités publiques des pays concernés. Qu'en est-il sur ce terrain ? Les traités de Maastricht et d'Amsterdam constatent que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est fondée sur différents principes dont le principe de précaution². Jusqu'à nouvel ordre, les personnes privées n'ont pas de « politiques ». Seules les autorités publiques en ont, seules ces dernières sont donc concernées. Qu'en est-il maintenant de la jurisprudence ? Elle n'accrédite pas l'idée d'une application directe aux personnes privées, en dehors de tout cadre légal précis, du principe de précaution. Ce que montre la jurisprudence de la cour de justice européenne à l'occasion de la crise de la vache folle est : 1) que dans son esprit, sinon dans sa lettre, le principe de précaution est applicable dans d'autres domaines que la protection de la nature, notamment la sécurité alimentaire et la santé publique et 2) que les autorités publiques, dans les cas précis soumis au juge, avaient bien le droit légitime d'imposer les mesures de précaution qui ont été prises, sans disposer de certitudes scientifiques sur la réalité et l'ampleur des risques potentiels, alors même que ces mesures portaient atteinte au principe de libre circulation des biens au sein de l'espace communautaire. La jurisprudence européenne reconnaît le droit légitime des autorités publiques à prendre des mesures de précaution dans d'autres domaines que la protection de la nature. Elle ne dit rien de plus. En l'état, on ne trouve aucun arrêt condamnant des personnes privées, et en particulier des entreprises, au motif d'un défaut d'application directe du principe de précaution. C'est donc de façon que j'estime abusive, en tirant de la jurisprudence ce qu'elle ne dit pas et en faisant une lecture sélective de la loi Barnier que Laurence Boy peut conclure que le principe de précaution s'applique directement aux particuliers et aux industriels.

Il y a alors une certaine malhonnêteté à avancer la coutume comme le fondement ultime qui n'a pas été

trouvé ailleurs. L'argument serait le suivant : le principe de précaution serait d'application directe et générale car telle serait la croyance des milieux industriels et des décideurs de façon plus générale. Or d'où pourrait venir cette croyance si ce n'est de la diffusion large d'informations erronées sur la nature du principe de précaution et sur la possibilité d'engagement de la responsabilité pénale des dirigeants pour défaut de précaution ? En dépit de la diffusion très large de cette crainte quant aux implications pénales du principe, du fait notamment de la confusion qui a entouré les décisions de justice dans l'affaire du sang contaminé et de la pénalisation croissante des litiges liés à la sécurité, telle n'est pas la réalité juridique. C'est ce que confirme avec netteté le rapport Kourilsky-Viney, en rappelant le principe de légalité des incriminations pénales, point que Laurence Boy avait elle-même mis en avant dans ses écrits. Or le délit de défaut de précaution n'est pas prévu par nos textes.

Rien cependant n'exclut qu'une jurisprudence future, dans d'autres domaines que la protection de la nature, donne peu à peu corps à un devoir général de précaution, d'application directe en dehors de tout nouveau cadre légal, et distinct de l'obligation de prudence. Serait-ce une évolution souhaitable ? Je ne le pense pas, pour plusieurs raisons, dont certaines relèvent d'une réflexion politique, et d'autres mobilisent des raisonnements économiques.

1) Comme le rappelle Laurence Boy, et en cela nos écrits convergent de façon constante, le principe de précaution ne dit pas ce qu'il faut faire en substance, il est de nature procédurale ou processuelle, comme on voudra. À mes yeux, la définition de ces procédures est de la responsabilité des pouvoirs publics, d'autant qu'elle touche des domaines (organisation de la recherche scientifique et de l'expertise collective, organisation du débat public) qui sont des prérogatives importantes des pouvoirs publics. Transformer le principe de précaution en source directe d'obligations pour toutes les personnes publiques et privées sans que ces obligations ne soient spécifiées ex ante par les pouvoirs publics, en laissant au juge le soin de dire ex post ce qu'elles étaient, en ferait une source majeure d'insécurité juridique et un facteur de crise, comme l'a illustré à loisir les développements récents de la crise politique de la vache folle en France. On louperait la cible qui est, rappelons-le, d'organiser une prévention précoce et proportionnée, à un coût économiquement acceptable, des risques potentiels graves et irréversibles : en fonction des degrés d'aversion au risque des uns et des autres, une partie des agents économiques et des décideurs seraient poussés à interpréter le principe de précaution comme une règle d'abstention, face à des risques de mise en cause non calculables ex ante, non seulement du fait de la nature des risques potentiels, mais de l'incertitude sur les exigences pesant sur les personnes qui contribuent à la création de ces risques, tandis que d'autres refuseraient de prendre des mesures de précaution qu'ils jugeraient inutiles. Le choix de cette démarche juridique se retournerait contre le concept qu'elle est censée servir.

² Comme le commentent G. Viney et P. Kourilsky, dans leur rapport au Premier ministre (p. 123) : « Cette présentation n'attribue donc pas directement au principe de précaution la valeur d'une règle de droit applicable sans le support d'une législation ou d'une réglementation spécifique. » Cf. Le principe de précaution. Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Odile Jacob, Paris, 2000.

2) Une traduction directe en obligations définies par le juge reviendrait à court-circuiter le moment politique dans l'appréhension collective des risques potentiels, tant au stade de leur identification, de leur évaluation qu'à celui des décisions. Or, c'est d'abord sur le terrain politique (problème de l'articulation de la représentation du monde à la représentation des citoyens au sein de la gestion des risques collectifs³) que le principe de précaution doit se déployer et innover pour renouveler cette gestion, tant du point de vue de l'expertise que de celui du débat public. C'est de la bonne organisation de la délibération collective que l'on peut escompter le caractère raisonnable et l'acceptabilité des mesures de précaution, sans que les décisions ne puissent en résulter mécaniquement ; les décisions auront toujours à être prises et assumées politiquement. La juridicisation directe du principe de précaution fait obstacle à cette responsabilité politique et porte atteinte à la sérénité avec laquelle les modes de gestion des risques collectifs devraient être discutés, puis choisis et mis en œuvre. Le fond et la procédure ne sauraient être ici considérés comme disjoints. Aborder d'emblée la précaution sous l'angle de la responsabilité *ex post*, définie par le juge, en court-circuitant le moment politique, ne peut qu'avoir un effet réducteur et néfaste sur le contenu de la précaution.

3) Renvoyée directement à la responsabilité des agents décentralisés, sans passer par une organisation relevant de la responsabilité des pouvoirs publics, la mise en œuvre de la précaution sera à coup sûr éloignée de cette prévention proportionnée et raisonnable des risques potentiels que l'on est en

droit de rechercher. La logique de la décision individuelle qui serait guidée par les seules règles générales de responsabilité bute en effet sur une série de défaillances : une capacité cognitive limitée, s'agissant de risques collectifs, qui souligne le caractère de biens collectifs des connaissances à acquérir et utiliser ; une moindre aversion au risque au sein du sous-groupe des entrepreneurs par rapport à celle qui émane du public en général ; les limitations pratiques de l'incitation donnée par le fonctionnement concret du droit de la responsabilité (délais des tribunaux, droit des faillites, etc.) ; la structure de « dilemme du prisonnier » inhérente aux risques collectifs, cette dernière éloignant le résultat collectif émanant de la somme des comportements individuels de l'équilibre qui aurait la préférence raisonnée des citoyens, comme dans le cas des accidents de la route⁴.

Je ne peux donc que conclure de manière ferme cette réponse à Laurence Boy en mettant en avant les deux assertions suivantes : 1) d'un point de vue positif, voir dans le principe de précaution une norme d'application directe et générale à laquelle seraient déjà soumises toutes les personnes publiques et privées sans le soutien d'un cadre législatif et réglementaire approprié ne correspond pas à l'état du droit communautaire, ni du droit interne, tant dans leurs énoncés légaux que dans la jurisprudence ; 2) d'un point de vue normatif, une telle manière de faire embarquerait le principe de précaution dans une forme de traduction qui lui ferait perdre les raisons pour lesquelles je pense que ce principe doit être défendu.

³ Voir Godard, O., 2000. Le principe de précaution entre science et démocratie. Philosophie politique, Le risque (11), 17-56.

⁴ Voir Godard, O., 2000, Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes. In : Viney G. (Ed.), Le principe de précaution. Actes du colloque organisé par le Centre de recherche en droit privé de l'université de Paris-1 (décembre 1999), Paris. Numéro spécial Petites Affiches 389 (239), 58-65.