

Emprise d'un droit subjectif

La dramatique précaution par principe

Depuis deux siècles, l'humanité a bénéficié du progrès scientifique et technique si l'on en juge par la croissance de l'espérance de vie, la baisse de la malnutrition et l'explosion de la démographie qu'il aura rendu possible pour le meilleur et pour le pire. Du fait de la pandémie en cours, l'humanité prend conscience de son interdépendance. Oui, la santé des habitants d'une province de Chine intéresse les Français, comme les conditions de vie des Européens touchent les habitants du Zimbabwe car elles ont un impact sur un bien commun : la composition de l'air de la planète.

L'espèce humaine transforme la Terre qui l'abrite. Ainsi, pour tenter de limiter certaines des conséquences néfastes de cette évolution sur l'environnement et la santé humaine, est né le principe de précaution. Il permet d'agir même quand le risque qu'il tente de prévenir n'est pas avéré et que l'on ignore l'efficacité des mesures prises.

Si le principe de précaution¹ n'est jamais défini, il est un principe d'action. Il se veut 'proportionné', adjectif curieux quand le risque lui-même est incertain, mais il implique d'intervenir : « Les autorités publiques veilleront ... à la mise en œuvre... de mesures provisoires et proportionnées ». La précaution interdit l'inaction mais, nous le verrons, pas l'inefficacité car, toujours selon ce principe ce n'est pas parce que l'on n'en sait rien qu'il ne faut rien faire. On ne sait pas où l'on va, mais il faut y aller quand même, dit-il en substance. Il se distingue donc de la prévention car, dans ce cas la menace est identifiée, même si l'occurrence du risque est incertaine et la manière de le prévenir pas toujours connue.

Prévenir n'est déjà pas facile, comme le souligne tristement et à foison l'épidémie en cours. Pour se limiter au dépistage du Sars-Cov19, il faut savoir que la qualité de tout dépistage dépend certes de la fiabilité des tests utilisés, mais aussi de la fréquence des porteurs du virus dans la population testée : plus le virus est répandu, plus la réponse est fiable. On peut ainsi calculer que si dans une population une seule personne est infectée sur dix mille, un test fiable à 99,99% ne sera « juste » que dans 9% des cas ! On inquiétera donc à tort 91% des soi-disant séropositifs. Quelle décision prendre en début d'épidémie ? Faut-il attendre qu'elle se développe pour

¹Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veilleront, par application du principe de précaution, et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

donner des indications justes ou lancer la campagne de dépistage dès son début et, ce faisant, inquiéter en prétendant que certains sont porteurs du virus alors qu'ils ne le sont pas ? Ces débats eurent lieu au début de l'épidémie du SIDA quand les tests d'alors étaient loin d'avoir 99,99% de précision et qu'il n'existait aucune thérapeutique.

Agir pour prévenir n'est déjà pas simple, mais agir par précaution est infiniment plus **compliqué** car le champ d'application de la précaution est sans limite. En effet, les risques incertains foisonnent, d'autant que l'application de ce principe n'implique en rien que les risques aient une occurrence vraisemblable. En outre, on peut redouter d'autant plus facilement les ravages d'un risque que ses dégâts éventuels sont mal connus ; ils peuvent donc être fortement surestimés pour faire peur et exiger d'agir. Quant aux mesures provisoires qui seraient prises, non seulement il n'est pas certain qu'elles seront efficaces, mais elles peuvent être fâcheuses. Ainsi, par exemple, pour limiter la teneur en dioxyde de carbone de l'atmosphère, il a été envisagé de « fertiliser » les océans en y déversant de grandes quantités d'oxyde de fer ; or il n'est pas démontré que cette solution permette de réduire de manière significative la quantité de gaz carbonique de l'atmosphère. En revanche de nombreux biologistes pensent que cela aurait des effets néfastes, voire irréversibles, sur la vie marine.

Il y a donc de multiples incertitudes : incertitudes sur le risque lui-même, incertitude sur son occurrence, incertitude sur l'efficacité des mesures préconisées et incertitude sur leurs effets secondaires. Il existe toutefois en la matière des certitudes : ces mesures sont coûteuses, auront des conséquences sociales comme le montre déjà la transition énergétique² et pourront entraîner de regrettables effets écologiques³. Certes, en principe, le champ est limité aux risques « graves » et « irréversibles » pour l'environnement, mais ces limites ont disparu depuis que ce principe s'applique aussi au domaine de la santé.

L'application de ce principe pose donc de préoccupantes questions opérationnelles. La première consiste à se demander qui enclenche, un jour donné, sur un thème précis, l'application du principe. Formellement, ce peut-être l'Etat et plus précisément le Gouvernement avec ou sans consultation spécifique du Parlement, mais plus vraisemblablement l'Etat interviendra en réponse à une action judiciaire d'un groupe qui estimerait que ce principe n'a pas été respecté. Bien avant cette phase opérationnelle, il aura

² Selon l'avis même de l'ADEME, Il n'est aucunement démontré que la transition énergétique sera riche en emplois en France. Pour l'instant, on constate surtout qu'elle favorise les emplois en Chine et en Allemagne.

³ Les OGM sont la piste la plus sérieuse pour limiter l'usage de produits phytosanitaires et donc limiter leurs éventuels effets sur la biodiversité en sélectionnant des variétés résistantes à telle ou telle parasite.

fallu qu'un danger potentiel émerge, que des associations s'en soient saisies et mènent une campagne de sensibilisation de l'opinion, que celle-ci soit relayée par les médias et que des « experts » aient souligné l'importance du risque et la nécessité de prendre des mesures. On voit alors que trois domaines vont s'interpénétrer, celui de l'opinion, celui du droit et celui de l'expertise, voire de la science.

Il n'est alors pas étonnant de constater que la conception de la précaution va varier d'un continent à l'autre. Ainsi, en matière de commerce, les Amériques attaquent l'Europe, jugeant les mesures prises par précaution de ce côté de l'Atlantique sont scientifiquement injustifiées. De même, la conception de la précaution varie d'un traité à l'autre et n'est pas la même quand il s'agit des accords du GATT ou du traité de Maastricht. C'est un principe à géométrie variable. Aussi, on importe en Europe des fruits et des légumes produits selon des pratiques interdites sur notre continent. Sans trop simplifier, la conception européenne de la précaution tient compte de l'opinion, ce que pudiquement on appelle les « valeurs sociétales », alors que d'autres pays s'appuient systématiquement sur une conception plus établie, plus scientifique du risque. On est alors en droit de se demander si la conception européenne de la précaution est compatible avec le libre-échange.

Mais, même aux Etats-Unis, comme l'indique Sarah Cassella⁴ commentant un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, « la précaution permet d'éviter dans chaque cas de se poser la question précise du lien de causalité ». On découvre alors que la causalité juridique n'est pas la même que la causalité scientifique !

« C'est justement parce que chacun de ces Etats a développé sa propre conception de la précaution que celle-ci est un concept pluraliste, empreinte de considérations politiques, sociales, philosophiques, psychologiques ou encore éthiques propres à chaque société. Les conditions de mise en œuvre des mesures de précaution sont également liées à la culture juridique de chaque état et sont donc extrêmement variables. Autrement dit, la précaution est un concept « subjectif »⁵.

Plus surprenant, quoique, ces dérives dues à une indétermination conceptuelle, se constatent aussi dans les institutions françaises chargées de l'expertise. Ainsi, *Santé publique France* recommande en 2019 d'éviter les aliments transformés (conserves, plats préparés, charcuterie, ...) sous prétexte qu'ils contiennent des additifs nécessaires pour garantir la conservation de

⁴ Sarah Cassella, « Les dynamiques de la précaution dans la lutte contre les changements climatiques », p.147, In Le principe de précaution, ouvrage cité note N°1.

⁵ Sabrina Robert-Cuentet, « Les approches de précaution dans les accords de libre-échange », p.99-115, ouvrage cité note N°1.

ces produits ! Pourtant ces additifs ont été testés par les agences françaises et européennes et sont très fortement encadrés par le législateur, notamment depuis 2016 qui garantissent leur innocuité.

De surcroît, il ne reste plus grand-chose de la raison quand l'on ne s'arrête plus, en France, au risque hypothétique lui-même, mais que l'on considère aussi l'angoisse que pourrait faire naître ce risque présumé : il s'agit du « préjudice d'anxiété⁶ », utilisé par les tribunaux pour justifier de démanteler une antenne relais d'un réseau téléphonique.

On comprend alors que ce flou pourrait être une manne infinie pour les avocats et donc tout l'intérêt, pour eux, de permettre aux collectivités locales de l'invoquer. « Sur un plan constitutionnel, l'ordre des compétences, doit-il l'emporter sur le principe de précaution ⁷ ? » demandent ainsi les avocates Corinne Lepage et Madeleine Babès et, bien entendu, elles répondent à leur question par la négative : le principe de précaution devrait primer. L'on peut sans beaucoup d'efforts imaginer les multitudes d'interdits qui fleuriraient le temps d'une élection locale d'une majorité écologique et les procès qui s'en suivraient pour contester ou défaire les décisions des élus aux élections suivantes si tel était le cas. Ce débat juridique a de lourdes conséquences pratiques, comme on a déjà pu le constater quand des maires ont décidé d'interdire dans leur commune l'usage de certains produits phytosanitaires.

On voit donc que ce principe défini *in abstracto* l'est en dehors de toutes mesures. Néanmoins, pour savoir si un risque est « acceptable », il faut se placer dans un contexte donné. Sur un champ de bataille, comme dans la vie civile, avant toute décision il faut évaluer son risque spécifique. On pense bien entendu à l'usage de la bombe atomique, mais aussi à l'évaluation « bénéfice-risque » des vaccins.

Le principe de précaution était censé accroître la confiance des citoyens. Il semble aboutir à l'effet inverse pour toutes les raisons que nous avons indiquées, mais aussi parce qu'il détourne des vrais risques. Ainsi, en matière d'alimentation, les additifs alimentaires testés et retestés sont-ils la priorité alors que se développent l'obésité et le diabète. Pourquoi oublier l'alcool et le tabac ? Par précaution des réactions politiques ? Quid des risques informatiques ?

Nous sommes entrés dans un monde insensé où, le législateur, à propos de la circulation dans les villes des voitures au moteur thermique, confond sciemment les questions sanitaires et les

⁶ Ayant longtemps joué au rugby dans la position d'arrière, je suggère à tous ceux qui occupent cette position de poursuivre leur équipe. C'est toujours avec anxiété en effet que l'on voit arrivé le ballon et, pas loin, des gaillards de plus de cent kilos pas bien intentionnés !

⁷ Corinne Lepage et Madeleine Babès, « Géographie de la précaution et application locale et nationale », p. 229-254, ouvrage cité note N° 1.

questions climatiques ; par ailleurs il fait fi des réelles difficultés du tout électrique annoncé, sans parler des considérables conséquences industrielles pour ... rien que des symboles.

Quant au Haut conseil pour le climat qui vient d'être créé par l'Assemblée nationale, nul doute qu'il fera un usage abusif du principe de précaution, Il y a fort à parier que ce gigantesque et coûteux filet pénalisera tous ceux qui, d'une manière ou d'un autre, **produisent et** que très vite le chômage se développe ... Avis de grand frais, comme dit la météo marine !

Jean de Kervasdoué

Le 20 avril 2021