



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

La précaution en droit administratif*

Michel Pâques

Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.

1. Introduction

Le principe de précaution fait aujourd'hui fortune. Il suscite un intérêt doctrinal remarquable en philosophie, en économie et en droit. Il vient compléter, prolonger la démarche de prévention. Celle-ci, classique, invite à prendre des mesures tournées vers un danger. La précaution, en revanche, s'adresse au risque, c'est-à-dire au danger qui n'existe pas encore, en d'autres termes, à l'incertitude, sans attendre la certitude.¹ La précaution prévient la survenance du danger plutôt que le dommage lui-même.²

Dans le domaine juridique, la conception contemporaine de la précaution est présente en droit américain à la fin des années soixante. Le droit allemand l'érige en principe (*Vorsorgeprinzip*) dans un programme environnemental dès 1971. Une filiation plus ancienne dans la philosophie antique de la sagesse est signalée par les rapporteurs grecs. Les philosophes ou sociologues allemands Jonas et Beck sont cités par plusieurs. La validité économique d'une démarche de précaution est longuement développée et mise en doute dans le rapport américain.

En matière de précaution, les ordres juridiques s'influencent mutuellement par obligation ou de manière spontanée. Tous les rapporteurs rendent compte des développements du

* Session IVD2. Rapports nationaux reçus des: Allemagne, D. Hanschel; Belgique, B. Jadot & F. Tulkens; Canada, S. Comtois; Danemark, N. Fenger; Finlande, H. Kulla; France, M. Deguergue; Grèce, S. Flogaïtis & Ch. Petrou; Italie, R. Caranta; Suisse, B. Fasel & D. Sprumont; US, S. G. Wood, S. Q. Wood & R. A. Wood; Venezuela, H. Rondón de Sansó. Un questionnaire indicatif avait été communiqué aux rapporteurs nationaux. Ces rapports nationaux sont remarquablement construits. Notre rapport général, d'ampleur limitée, n'en épuise pas la richesse, loin de là.

¹ S. G. Wood, S. Q. Wood & R. A. Wood, I, avant l'appel de la note 46.

² Rapport allemand de M. D. Hanschel, II, 1.

principe en droit international, notamment dans la déclaration de Rio de Janeiro et les conventions universelles qui ont suivi le Sommet de la Terre organisé en 1992. La Cour suprême du Canada se réfère à la déclaration de Bergen.³ Tous les Etats membres de l'Union européenne commentent et appliquent le droit communautaire européen où le principe de précaution fait l'objet d'une affirmation dans une disposition du Traité relative à l'environnement (not. art. 174) et donne lieu à de nombreuses applications en droit dérivé et dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance. M. Caranta, rapporteur italien, commence son examen par une étude approfondie de la question en droit européen.⁴ Les influences se produisent aussi là où elles ne sont pas nécessaires. Les rapports vénézuélien et grec citent la doctrine, la jurisprudence ou la législation française et belge, les rapporteurs américains font référence au droit européen. Le rapporteur danois fait aussi la différence entre les mesures d'application du droit européen et le système proprement national moins sensible à la précaution.⁵ Partout, le besoin de chercher la nature, de préciser le sens et les contours du principe est patent.⁶

Les domaines dans lesquels un développement du droit fondé sur une démarche ou un principe de précaution s'observe sont ceux du risque lié à l'action de l'homme. Ceux où s'introduit le doute relativement à la sécurité ou la nocivité d'un produit ou d'une action. L'environnement et la santé sont les grandes catégories. Il y en a d'autres. Plus finement, l'on cite la pollution de l'air, de la mer, des sols, les déchets dangereux, les produits chimiques, les insecticides et pesticides, le changement climatique, l'énergie notamment nucléaire ou l'électricité à haute tension, la téléphonie mobile et les phénomènes ondulatoires, la pêche, l'agriculture, les organismes génétiquement modifiés, la protection des consommateurs, les médicaments, l'alimentation, les droits de l'homme, la défense planétaire, le terrorisme, le tourisme, les assurances, la technologie.⁷

Même si une tendance existe à voir dans la précaution un paradigme hégémonique de l'action publique,⁸ il est rare qu'une ouverture à la précaution soit établie de manière générale, vaille en toute matière. A vrai dire ce cas n'a été rencontré dans aucun des ordres juridiques examinés, sauf peut-être en droit communautaire⁹ ou dans certaines interprétations du droit

³ S. Comtois, 1, b.

⁴ Spécialement en jurisprudence, R. Caranta, n° I.3.

⁵ N. Fenger, n° 3.3.

⁶ Not. Wood, Wood & Wood, I, avant l'appel de la note 67.

⁷ Not. Wood, Wood & Wood, in limine; Hanschel, Introduction.

⁸ M. Deguerge, Introduction.

⁹ Où la précaution est donnée comme un principe général depuis l'arrêt *Artegodan*. T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et a.*, Aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, motifs

183. Bien qu'il soit uniquement mentionné dans le traité en relation avec la politique de l'environnement, le principe de précaution a donc un champ d'application plus vaste. Il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de la Communauté. En particulier, l'article 3, sous p), CE prévoit, parmi les politiques et actions de la Communauté, "une contribution à la réalisation d'un niveau élevé de protection de

danois critiquées par M. Fenger.¹⁰ Quel que soit le mode de réception de la précaution, qu'il s'agisse de la constitution, de la loi ou de la jurisprudence, les auteurs soulignent que cette introduction se produit de manière sectorielle et non uniforme¹¹ au sein du même ordre juridique, même si l'idée de base est commune.¹² Un principe d'indépendance des législations interdit, en France, certaines percolations d'un secteur où la précaution est reconnue à un autre où elle ne l'est pas.¹³ Cet obstacle s'impose dans une mesure moindre en Belgique et semble surmonté en Suisse.¹⁴

Cette diversité des domaines, des sources et des contenus nous conduit à adopter le plan suivant. Nous examinerons d'abord la question même de la réception et les divers modes de réception de la démarche ou du principe de précaution, c'est-à-dire les sources du droit que les ordres juridiques utilisent pour l'introduire (2). Ensuite nous chercherons à mesurer la consistance de cette approche de l'incertitude dans l'action administrative, c'est-à-dire les différentes questions de mise en œuvre qu'elle suscite, les seuils, les mesures qu'elle appelle, la preuve, le contrôle juridictionnel et les rapports avec la proportionnalité (3).

2. L'introduction de la précaution dans le droit administratif

Les formes d'introduction de la démarche ou du principe de précaution dans l'ordre juridique sont assez nombreuses. L'observation de cette diversité (2.2) ne peut faire perdre de vue la décision plus fondamentale qui consiste à introduire la précaution dans le droit (2.1). Plus encore que celle de la manière, cette décision est politique, toute d'opportunité.

la santé." De même, l'article 153 CE vise un niveau de protection élevé des consommateurs, et l'article 174, paragraphe 2, CE assigne un niveau élevé de protection à la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. En outre, les exigences relatives à ce niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé humaine sont explicitement intégrées dans la définition et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques et actions de la Communauté, en vertu, respectivement, des articles 6 CE et 152, paragraphe 1, CE

et

184. Il en résulte 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.

¹⁰ Fenger, Introduction et n° 3.1.

¹¹ De législation à législation (France, Allemagne) ou en fonction du type de situation (demande d'autorisation ou décision d'interdire de continuer une activité (Danemark, 5.3.2.1)); Wood, Wood & Wood, II, 1; aussi le rapport grec, n° 3.2; Comtois, Introduction, 1, a, et 4, 1.

¹² Voir en ce sens, notamment, les rapports français (différences de mode de réception et d'application dans les domaines de la santé et de l'environnement, Deguegue, I, A, 1); allemand (entre les différents secteurs, Hanschel, Introduction), suisse, finlandais (pas d'établissement du principe en droit administratif général, H. Kulla, n°1), danois (Fenger, Introduction; le principe de précaution n'est pas donné parmi les principes généraux du droit administratif, *id.*, n° 5.1.).

¹³ Deguegue, I, A, 2.

¹⁴ B. Fasel et D. Sprumont.

2.1. La question de l'introduction

Mme Deguegue observe que l'introduction du principe par une source formelle comme, en France, la Charte de l'environnement adossée à la Constitution de la République, fait taire les contestations sur le bien fondé et l'opportunité même de la précaution.¹⁵ Même si la réception formelle est assurée, l'opportunité demeure bien entendu une question doctrinale valable dans tous les cas mais son intérêt positif s'affaiblit en effet lorsque la constitution devient explicite.

Aux Etats-Unis, le principe de précaution est moins bien établi qu'en Europe: il ne joue qu'un rôle mineur dans ce pays¹⁶ où la validité d'une démarche ou d'un principe de précaution demeure fortement mise en cause sur la base de considérations économiques. Le rapport américain est le seul dans lequel un questionnement radical de la démarche de précaution est présenté.¹⁷

Observons que ces considérations se font sous l'angle des choix de politiques publiques. Il s'agit de mesurer l'impact des interdictions de police administrative sur les intérêts protégés (santé et environnement) et les libertés et intérêts économiques contrariés par ces mesures puis d'apprécier le meilleur choix en adoptant plusieurs points de vue. Ces analyses tendent donc à cerner de manière complète la démarche de précaution pour en apprécier correctement tous les enjeux. Sans attribuer a priori une valeur supérieure à l'un des intérêts en question.¹⁸

MM. Wood, Wood et Mlle Wood rapportent d'abord l'intéressante analyse du professeur Dana de la Northwestern University de Chicago (Davis A. Dana, *Behavioral Economic Defense of the Precautionary Principle*, 97 NW. U. L. Rev. 1315 (2003)). Là où il intervient, le principe de précaution permettrait de corriger des défauts dans la manière de connaître la réalité (*a corrective to cognitive bias*). L'analyse est essentiellement économique.

A la base de l'examen du Professeur DANA, il y a l'observation que les préoccupations de bien-être économique et de bien-être environnemental ou de santé se distinguent à trois niveaux d'analyse.

En premier lieu, il faut observer que la manière de mesurer l'un et l'autre est différente. Le bien-être économique se mesure en argent; ce n'est pas le cas du bien-être environnemental ou de santé, secteur dans lequel la conversion monétaire est à tout le moins extrêmement complexe.¹⁹ Ce qui pose des problèmes de comparaison et d'appréciation. L'économie comportementale est donc de peu de secours à ce niveau d'analyse.

¹⁵ Deguegue, Introduction.

¹⁶ Wood, Wood & Wood, I., qui exposent les fruits d'une recherche méthodique dans les constitutions, les lois, les règlements, la jurisprudence et enfin dans la doctrine.

¹⁷ Wood, Wood & Wood, II, 5.

¹⁸ Ce dernier trait correspond à une certaine conception de la proportionnalité, *infra*, in fine.

¹⁹ Ces observations ont déjà été faites en droit européen; la mise en œuvre du principe 'pollueur-payeur' requiert une comptabilité environnementale sophistiquée et difficile à réaliser.

Le deuxième niveau d'examen est celui des pertes et de la certitude des pertes. La perte économique tend à être perçue comme plus certaine que la perte environnementale. Ce qui crée un 'biais de certitude'. L'économie comportementale enseigne que l'individu est contre le risque quand il s'agit de gagner mais qu'il est pour le risque quand il s'agit d'éviter de perdre. Il est contre le risque quand il s'agit de gagner: il choisit un gain certain quand il a le choix entre un gain certain et un gain incertain d'une égale valeur prévue. Il préfère prendre le risque quand il s'agit d'éviter des pertes en choisissant d'éviter la perte certaine quand il est face au choix entre éviter une perte certaine et éviter une perte incertaine d'une égale valeur prévue.

Dans les choix politiques où intervient le principe de précaution, les préoccupations relatives à des pertes environnementales ou de santé tendent à être moins sûres tandis que les préoccupations relatives aux pertes de bien être économique tendent à être plus sûres. En conséquence et sans surprise, on peut prédire que les décideurs vont choisir d'éviter la perte certaine (de bien-être économique) plutôt que la perte incertaine (de bien-être environnemental et de santé).

Le troisième niveau est celui de l'immédiateté. Le bien-être économique est plus immédiat que le bien-être environnemental et de santé. Cette différence crée un 'biais d'immédiateté', qu'explique aussi l'économie comportementale. Les individus attachent plus d'importance à l'évitement de la perte immédiate qu'à celui de la perte future. Ceci crée une myopie sur les pertes immédiates. A nouveau, la perte environnementale ou de santé est perçue comme moins immédiate que la perte économique et l'on peut prédire que le décideur politique choisit d'éviter la perte immédiate.

Le rôle du principe de précaution est alors de contrarier le biais de certitude et le biais d'immédiateté en imposant à la fois une meilleure information et une meilleure analyse et diffusion de l'information. De la sorte les choix politiques seront plus favorables à la régulation du risque incertain et le public admettra mieux que l'on se préoccupe du risque éloigné.

Le rapport américain expose aussi deux analyses critiques du principe de précaution.

La première est celle du Professeur Cross de l'Université du Texas à Austin (Frank B. Cross, *Paradoxical Perils of the Precautionary Principle*, 53 Wash. & Lee L. Rev. 851 (1996)), en ce que le principe de précaution serait fondé sur une présomption dont la validité n'est pas vérifiée, à savoir qu'une action qui tend à la protection de la santé publique ne peut pas avoir d'effets négatifs sur la santé publique. Le Professeur Cross a cherché à montrer que la réglementation environnementale pouvait avoir un impact négatif sur l'environnement. Que les aspects non financiers de la mesure étaient rarement pris en compte. [Nous observons que la mesure donnée en exemple est toujours celle de l'interdiction.]

M. Cross montre que le principe de précaution fait courir un risque physique sous trois formes: le risque des alternatives, le risque des bénéfices perdus et le risque de la réparation. Le risque des alternatives tient au fait qu'en supprimant A on suscite B qui a peut-être des effets aussi indésirables. Le risque du bénéfice perdu tient au fait que l'on se focalise sur les inconvénients de A sans suffisamment avoir égard à ses avantages.²⁰ Le risque de la remédiation tient au fait que la dépollution engendre plus de risque que le risque couru en laissant les choses en l'état. L'exemple est donné de l'énorme risque, pour les travailleurs et l'environnement, lié à la dépollution de Love Canal alors que la vie à proximité de Love Canal n'avait en réalité causé aucun dommage à la santé, ce que montrerait une analyse scientifique sérieuse.

L'autre critique est celle du Professeur Sunstein de l'Université de Chicago (Cass R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (2005)). Le principe de précaution exagère la perception et la probabilité de survenance du risque. Le Professeur Sunstein estime que les gens sont hostiles aux pertes. Ils seront plus attentifs aux pertes induites par de nouveaux risques et à leur contrôle par la réglementation qu'aux avantages qui seront perdus parce qu'ils apprécient le changement par rapport au statu quo. A partir de ce point de vue, les gains sont moins valorisés que les pertes. Le principe de précaution est opérationnel quand les bénéfices de la réglementation ne sont pas mesurés ou le sont peu alors que les coûts financiers de l'activité ou du produit en question sont clairement visibles.

Il soutient encore que les gens sont plus enclins à tolérer les risques familiaux plutôt que les nouveaux, qu'ils pensent que l'action de l'homme est systématiquement plus dommageable que celle de la nature (ce qu'il conteste).

La critique de M. Cross est fondamentalement dirigée contre une justification de l'action gouvernementale par l'incertitude. Une meilleure méthode d'identification et d'appréciation des effets négatifs de l'action réglementaire est préconisée. M. Sunstein doute d'une possibilité d'amélioration du principe de précaution mais en préconise trois perfectionnements: (i) une marge de sécurité peut être admise en faveur du risque incertain mais pas n'importe quel risque, (ii) il faut tenir compte du fait que l'action régulatrice entreprise plus tard peut être plus profitable qu'une action actuelle sans exclure dès l'origine une action séquentielle évitant les options irréversibles, (iii) dans les cas d'incertitude dans lesquels le risque est identifié mais la probabilité inconnue, le décideur est appelé à prendre l'option fondée sur la 'meilleure pire éventualité' (*the best worst-cast outcome*). Peut-être faut-il remplacer le principe de précaution par un principe anti-catastrophe, beaucoup

²⁰ Dans un sens analogue, les risques de la précaution décrits dans la conclusion du rapport suisse de Mme Fasel et M. Sprumont.

plus étroit. Toute irréversibilité ne doit pas être évitée. Enfin intervient l'idée qu'à côté de l'interdiction une série d'instruments plus adéquats peuvent être utilisés par une autorité bien éclairée sur les risques et les coûts.

La réglementation aura plutôt pour finalité d'optimiser que de minimiser. Les partisans de cette approche sont hostiles à une version forte²¹ du principe de précaution qui est unidimensionnelle, axée sur un risque immédiat et ignorant les autres risques.

A notre avis, ces critiques sont peut-être davantage dirigées contre certaines manières radicales de voir et d'appliquer le principe de précaution que contre l'idée même que l'incertitude peut fonder certaines actions administratives de nature à entraver la liberté individuelle. Plusieurs de ces considérations peuvent en effet s'insérer, être prises en compte dans bien d'autres ordres juridiques qui acceptent le principe de précaution. L'administration de la proportionnalité n'y est pas étrangère.

2.2. La voie de l'introduction

En droit administratif, le principe de prévention est bien connu. La police administrative est historiquement fondée sur la volonté de prévenir l'apparition de troubles à l'ordre public par le biais de mesures adéquates. Il n'est donc pas étonnant que plusieurs ordres juridiques appliquent les méthodes traditionnelles aux nouvelles situations et situent la démarche de précaution dans le prolongement de la prévention.

De la certitude qui fonde la démarche de prévention à la précaution justifiée seulement par l'incertitude, il y a comme un continuum, la frontière n'étant pas toujours si claire en fait, même si les catégories apparaissent nettes en droit.

Ainsi, en Suisse, la loi ne se réfère qu'à la prévention dans le domaine de l'environnement, la Constitution fédérale de 1999 ne fait pas mention de la précaution, mais des interprétations gouvernementales, des opinions d'auteurs et de la jurisprudence rattachent la précaution à la prévention.²² En France, l'habilitation à la prévention dans le domaine de la consommation a suffi pour justifier une mesure de précaution. On y observe que le principe de précaution renforce les obligations propres au principe de prévention.²³ En droit belge, des concepts conçus selon toute vraisemblance dans la seule optique de la prévention, comme la 'compatibilité avec le voisinage' en matière d'urbanisme, comme 'l'incidence sur l'environnement' en matière de cadre de vie ou le 'risque de préjudice grave' en contentieux administratif, ont permis de prendre en considération les phénomènes ondulatoires et

²¹ Sur la version forte, *infra*, 3.2. in fine.

²² Fasel & Sprumont, III & IV.

²³ Deguegue, I, B, 1.

d'accueillir une démarche de précaution.²⁴ Des suggestions comparables sont faites au Canada d'interpréter en faveur de l'incertitude des formules comme l'interdiction de rejets 'qui peuvent nuire à l'environnement'.²⁵

Pourtant l'affirmation explicite d'un principe de précaution autonome a l'avantage de la clarté. Elle permet de sortir du cadre trop étroit de la police traditionnelle, insuffisant, dans la rigueur des principes, pour faire face au doute: "Un danger abstrait ne peut être prévenu par une mesure de police sur la base d'une disposition générale que si, selon le cours ordinaire des choses, un danger concret existe dans la plupart des cas." L'on se réfère à l'expérience générale de la vie. Et Mme Fasel et M. Sprumont de conclure que la condition d'existence d'un danger vraisemblable ne répond pas de manière satisfaisante aux situations de danger scientifiquement incertain, que la précaution est en relation avec une vraisemblance moindre.²⁶

L'habilitation expresse émanant du titulaire de la fonction normative, une source certaine et pertinente,²⁷ semble donc préférable,²⁸ voire nécessaire,²⁹ même si elle est loin de mettre un terme aux questions.³⁰ Elle a l'avantage de concilier démocratie et volonté de contrarier le risque au delà du danger classique. Pour apporter aux droits des individus des limitations qui excèdent le champ de la prévention des dangers, l'appel à une base légale spéciale est clair en droit allemand. L'expression de la démocratie se fait aussi par la voie de la participation citoyenne et de la transparence.³¹

Il y a lieu de se demander si la source normative explicite doit être législative ou constitutionnelle. A ce sujet les conceptions ne sont pas toujours convergentes. Les affirmations législatives du principe de précaution sont jugées insuffisantes par les rapporteurs belges, MM. B. Jadot et F. Tulkens, qui estiment qu'une source constitutionnelle est préférable. Dans le silence de la Constitution, placer un principe de précaution dans l'article 23 de la Constitution belge qui garantit le droit à la protection d'un environnement sain serait admissible, le Conseil d'Etat l'a fait, car la protection de l'environnement est au bénéfice des générations futures.³² En revanche, vouloir tirer, en matière de santé, un même principe du

²⁴ Notre étude, *Le Conseil d'Etat et le principe de précaution, Chronique d'une naissance annoncée*, 2004 Journal des Tribunaux 169 et s., sp. n°s 4 et s.; B. Jadot & F. Tulkens, n°s 7 et s.; aussi, n° 24.

²⁵ Comtois, 1, a, et 3.

²⁶ Fasel & Sprumont, VI.

²⁷ Sur la question de savoir si l'invocation d'un principe contenu dans une déclaration internationale peut servir de fondement à l'intervention d'une autorité locale ou permettre l'interprétation de l'attribution légale de compétence locale de veiller au bien-être général, une opinion dissidente et un arrêt de la Cour suprême du Canada (Spraytech, 2001) rapportés par Mme Comtois, I, b. et l'analyse, *id.*, 2 & 3.

²⁸ Sur la situation particulière des systèmes de *Common Law* au regard de la fonction normative et du principe de précaution, Comtois, 2 & 3.

²⁹ Comtois, 3, in fine.

³⁰ Comtois, 1, a.

³¹ En ce sens, très nettement, le rapport de Mme Deguegue, in fine; Comtois, Conclusions.

³² Sur le lien entre précaution et bénéfice des générations futures, Kulla, n° 1; sur le lien avec le développement durable, Fasel & Sprumont, II.

même article 23 qui donne aussi à chacun le droit à la protection de la santé, serait excessif, estiment nos Collègues, du moins en ce qui concerne la protection de la santé contre les risques qui n'affectent pas l'environnement.³³ Pour sa part, Mme Deguegue observe que la valeur constitutionnelle donnée au principe de précaution dans la Charte de l'environnement française pourrait n'apporter aucun changement à l'état actuel de la réception du principe en environnement mais que cette nouvelle dimension constitutionnelle modifie le champ du principe de précaution en lui permettant de déborder du cadre de l'environnement pour investir celui de la santé et peut-être d'autres. En Suisse, la protection de la santé est un devoir des autorités réglé par la Constitution. La précaution n'y est pas mentionnée mais Mme Fasel et M. Sprumont considèrent qu'elle est inhérente à la disposition. Il en est de même au Venezuela.³⁴ Au Canada, le silence de la Constitution n'empêche pas l'introduction de la précaution dans les lois fédérales et provinciales relatives à la santé et à l'environnement.³⁵ En revanche, au Danemark, le principe de précaution n'est pas une norme de la Constitution; il n'est même pas inhérent à celle-ci et il revient au législateur de faire le choix politique de l'introduire.³⁶

L'absence d'ouverture législative à la précaution peut entraîner différentes réactions. Le refus de valider toute mesure administrative de précaution fondée dans la forme sur des dispositions de prévention est plutôt rare. Dans certains cas, l'on a toutefois discuté la légalité d'une démarche de précaution dans l'interprétation d'une législation sur les substances chimiques qui n'en fait pas mention;³⁷ les opérateurs de téléphonie mobile ont souvent plaidé, mais en vain, que la démarche de précaution n'était pas reçue en droit belge de l'urbanisme.³⁸ En effet, l'absence de loi n'empêche pas nécessairement l'interprétation de concepts conçus à l'origine dans l'orbite de la prévention; les rapports belges et danois donnent des exemples de telles approches de précaution.³⁹ En droit européen, le principe de proportionnalité a suffi pour justifier des mesures de précaution,⁴⁰ ce qui, à notre sens, n'est pas entièrement satisfaisant puisque la proportionnalité ne peut à elle seule constituer la base d'une action. M. Hanschel rapporte d'intéressantes décisions allemandes qui ont tantôt choisi d'abaisser le seuil de probabilité exigé, tantôt jugé qu'il fallait interdire le développement de nouvelles technologies aussi longtemps que le législateur n'aurait pas adopté de mesures qui prennent en compte les risques en question. Une autre option est encore d'exiger de l'opérateur la preuve de l'innocuité de son comportement ou à tout le moins qu'il prouve jusqu'à un certain degré

³³ Jadot & Tulkens, n° 16.

³⁴ H. Rondón de Sansó, n° 4.

³⁵ Comtois, Introduction.

³⁶ Fenger, n° 5.2.

³⁷ Fenger, n° 3.3.

³⁸ Aussi les cas rapportés par Jadot & Tulkens, n° 3.

³⁹ Sp. rapport de Fenger, n° 3, et *supra*.

⁴⁰ Voy. le rapport de Caranta et *infra*, 3.2.

de certitude que l'interférence sera inoffensive. Ces renversements spontanés de la charge de la preuve au détriment de la liberté économique sont critiqués. En France, le principe de précaution reconnu en matière d'environnement par des textes normatifs ouvre un contrôle normal du juge sur les mesures prises par l'administration. En matière de santé, en revanche, sans texte législatif, le juge n'impose qu'un comportement de précaution, un standard de comportement qui permet l'adoption de mesures plus sommairement contrôlées par lui.⁴¹

La multiplication des lois sectorielles permet aussi au juge d'en inférer l'existence de nouvelles sources normatives plus générales dont il fait ensuite des applications dans des domaines non couverts. Telle est la méthode de l'induction amplifiante qui permet de justifier l'invention de principes généraux du droit. Elle a été appliquée à la précaution par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt *Artogodan*, déjà cité. Certains font de la précaution un principe général de droit de l'environnement.⁴² En droit international, une autre méthode amplifiante fondée sur la répétition reconnaît un statut coutumier au principe de précaution⁴³ mais tous les auteurs ne s'accordent pas pour reconnaître le statut coutumier du principe.⁴⁴

La question de la place dans la hiérarchie des sources du droit d'un principe général ainsi dégagé se pose. Le juge administratif ne dégage le plus souvent que des principes généraux du droit administratif qui s'imposent à l'administration mais que le législateur peut contredire.⁴⁵ Le juge qui place le principe dans la constitution lie le législateur; encore faut-il que le juge puisse sanctionner la loi et cette tâche revient au juge constitutionnel là où il existe.

Une fois le principe affirmé par l'une de ces voies indirectes, il arrive que la loi qui apparaît par la suite ne change pas grand chose à l'attitude de l'administration⁴⁶ mais l'on observe aussi que l'approche de précaution diffère selon que la matière est régie par une législation ou seulement sur la base d'un principe de précaution non écrit et encore émergent.⁴⁷ Néanmoins, une intervention normative est souhaitable à la fois pour des raisons démocratiques fondamentales, déjà soulignées, et pour améliorer la sécurité juridique. Dans le meilleur des cas, la loi peut ainsi clarifier une série de questions liées à l'étendue des obligations qui s'attachent à la précaution.

⁴¹ Deguergue, I, A, 1. Seule l'erreur manifeste est sanctionnée; aucun cas de sanction n'a encore été observé. L'intégration de cette version moins contraignante du principe de précaution dans le concept général de légalité est en question.

⁴² La Suisse, Fasel & Sprumont, II.

⁴³ Wood, Wood & Wood, II, 4., citant A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (2002); Comtois, 2.

⁴⁴ *Eid., id.*

⁴⁵ Jadot & Tulkens, n° 14. Affirmé comme principe de bonne administration, il ne lierait pas non plus les particuliers (*id.*).

⁴⁶ Rapport finlandais de M. Kulla, n° 4.

⁴⁷ Rapport danois de M. Fenger, n° 5.1; Rapport français de Mme Deguergue.

3. La consistance de la précaution dans le droit administratif

Une fois le droit administratif affranchi de la référence à la certitude, il reste à fixer l'étendue des possibilités ou des devoirs de précaution. La décision de saisir un risque en droit appelle la question du seuil d'intervention: quel risque? Ensuite les questions classiques du pouvoir ou du devoir, du choix d'une mesure, de la légalité de l'acte et de la responsabilité de l'administration se posent (3.1). Le contrôle du juge et la proportionnalité prennent en cette matière d'incertitude une dimension remarquable et aident à établir la consistance des obligations de l'administration (3.2).

3.1. Seuils et mesures à prendre

Il est admis à peu près partout que l'objectif général n'est pas celui du risque zéro; certains y insistent (not. Italie, Suisse, Allemagne). Toutefois, dans des catégories particulières, l'action tendant au risque zéro est admissible.⁴⁸ Dès lors que le risque zéro n'est pas la référence, le seuil de l'intervention de précaution devient le pivot du système. Où faut-il le situer? Ce point fait l'objet d'une analyse très élaborée en droit allemand.⁴⁹ Le raisonnement est le suivant. Comme la vie sans risque n'est pas possible, la limite de l'action de précaution basée sur l'incertitude est le risque résiduel (*Restrisiko*). Il se compose de trois catégories: le risque qui se situe au delà de l'identification humaine, le risque dont on peut exclure la réalisation sur la base de la raison pratique et le risque contenant une incertitude quant au dommage qui en résulterait et quant à la probabilité de la réalisation. Le risque résiduel occupe donc le champ qui se trouve au-dessous du standard minimal légal requis, c'est le risque qui est légalement accepté, celui qui est socialement acceptable. La Cour constitutionnelle fédérale allemande décide que l'évaluation de ce risque se fait sur la base de la raison pratique. Il faut tenir compte des limites de la connaissance de ce risque par l'homme; il ne faut pas rendre tout progrès technologique impossible et il faut se fonder sur l'état des techniques et de la science actuels. En Belgique, le risque à prendre en compte doit être au moins plausible.⁵⁰

Le seuil, tout comme le type de mesure à prendre, n'est pas déterminé a priori par la seule décision qu'il existe un principe de précaution. En droit administratif, l'intervention du législateur est donc particulièrement bienvenue.⁵¹ Les rapporteurs suisses soulignent le 'flou législatif' qui revient à déléguer la tâche aux autorités judiciaires appelées à juger les actes de l'administration; Mme Comtois évoque l'incapacité du législateur à mettre au point

⁴⁸ Jadot & Tulkens, n° 28; Fenger, n°s 5.2. & 5.3.1.

⁴⁹ HanschelL, n° II, 2.

⁵⁰ Jadot & Tulkens, n° 31; ces auteurs constatent que le choix des seuils n'a pas donné lieu à des décisions de jurisprudence belge, n° 25.

⁵¹ Fenger, n° 5.3.2.1.

des compromis.⁵² Cela n'est pas étonnant si l'on se réfère à l'opinion de la Commission des Communautés européennes, car s'agissant d'une notion générale comparable à la subsidiarité ou à la proportionnalité, il revient aux décideurs et finalement au juge de donner de la consistance à la précaution.⁵³

Ce type de formulation vague de la constitution ou de la loi a pour effet de poser la question de l'effet direct du principe: fait-il à l'administration des obligations dont l'administré peut revendiquer l'exécution devant le juge? Fait-il des obligations directes aux individus avant la concrétisation par la loi ou le règlement? Dans certains pays, la question est discutée.⁵⁴ Dans d'autres, elle ne l'est pas.⁵⁵ Le plus souvent la réponse est nuancée; le principe est, en Finlande, que les obligations de précaution sont à charge de l'administration, sans non plus exclure des effets indirects à charge des particuliers.⁵⁶ Comme tel, le principe de précaution ne crée pas de droits subjectifs en Allemagne.⁵⁷ La jurisprudence belge tend à faire à l'autorité administrative le devoir de prendre le risque incertain en considération.⁵⁸

Le pouvoir est souvent largement discrétionnaire à la fois sur la décision d'agir et quant au mode d'action.⁵⁹ Cela tient à la complexité des problèmes visés.⁶⁰ En droit communautaire, le principe de précaution justifie, par exemple, l'adoption d'une liste positive d'additifs alimentaires autorisés plutôt qu'une liste négative d'additifs prohibés.⁶² Dans plusieurs pays, la précaution justifie des refus d'autorisation. Par exemple, en Italie, le principe de précaution permet à l'administration de ne pas autoriser une activité qui constituerait une menace potentielle pour l'environnement même si elle était gérée de la meilleure façon possible⁶³ ou, en Finlande, la précaution conduit le juge à annuler un permis bien que toutes les mesures de protection possibles aient été prises en considération.⁶⁴ Dans la conception préconisée à Rio et généralement reçue, l'abstention n'est pas la conséquence nécessaire de la démarche de précaution⁶⁵ mais elle est possible si elle n'est pas disproportionnée.⁶⁶ Les autres modalités

⁵² Comtois, Introduction.

⁵³ Caranta, n° I.3.

⁵⁴ En Suisse, Fasel & Sprumont, II (le principe est justiciable).

⁵⁵ Rondón de Sansó, n° 4: au Venezuela, le principe de précaution peut, par interprétation, être placé dans la Constitution qui est d'application immédiate.

⁵⁶ Kulla, n° 12 (pourtant, le principe de précaution ne crée pas d'obligation directe à charge des individus).

⁵⁷ Hanschel, n°s II, 1 & III.

⁵⁸ Jadot & Tulkens, n° 32.

⁵⁹ Deguergue, I, A, 1; Kulla, n° 9; aussi, selon les cas, en Allemagne, Hanschel, IV, 4.

⁶⁰ La règle d'égalité et de cohérence s'applique, bien entendu. Sur celle-ci, Fenger, n° 5.3.2.1.

⁶¹ Comtois, Introduction.

⁶² Caranta, n° I.3.

⁶³ Caranta, n° II.3.d.

⁶⁴ Kulla, n° 3.

⁶⁵ Deguergue, Introduction; Jadot & Tulkens, n° 31.

⁶⁶ Kulla, n°s 1 et 10; *infra*.

sont nombreuses, comme l'obligation faite à l'exploitant de tenir un registre spécial des effets négatifs détectés ou suspectés.⁶⁷ La mise en œuvre du principe de précaution ne requiert pas de condition d'urgence.

D'une manière plus systématisée, la précaution détermine, en Suisse, une bonne articulation des normes environnementales d'émission et d'immission. En droit allemand, la précaution appelle des mesures de long terme, la planification, des limites d'émission et d'immission. La précaution ne serait pas convenablement administrée par le seul établissement de limites de rejet individuelles sans normes d'émission qui donnent effet à des objectifs de qualité fondés sur la volonté d'éviter les situations dangereuses potentiellement créatrices d'effets environnementaux nuisibles.

A la question du choix du seuil et de la mesure est liée celle de la responsabilité qui est assez peu abordée dans les rapports nationaux. Soulignons toutefois les précisions données dans le rapport français. Mme Deguegue montre que le principe de précaution est un élément de régulation de la responsabilité. Il serait de nature à favoriser une responsabilité pour faute.⁶⁸ En France, la précaution n'a encore donné lieu à aucun engagement de la responsabilité de l'Etat par le juge administratif, soit que le juge s'abrite devant le paravent du droit communautaire, soit que le juge attende la certitude pour reprocher un défaut d'action à la puissance publique. Autrement dit, il se refuse à adopter une conception rétroactive de la précaution: en matière de sang contaminé ou de poussières d'amiante, le juge a recherché la date à laquelle il n'y avait plus de doute scientifique et n'a qualifié la carence du ministre de fautive qu'à partir de ce moment, c'est-à-dire celui où la prévention s'imposait.⁶⁹ En Belgique, en Italie, les juridictions semblent également peu enclines à introduire l'incertitude dans les éléments traditionnels de la responsabilité.⁷⁰

La procédure d'élaboration des mesures de précaution doit être fondée sur une méthodologie comprenant une phase d'analyse du risque, une phase d'évaluation et une phase de décision.⁷¹ La jurisprudence belge montre une nette tendance à ne pas sanctionner les mesures prises en conformité avec une méthodologie sérieuse.⁷² Ce renforcement méthodologique de l'action administrative est un apport positif du principe de précaution à l'édification du droit administratif.⁷³

La charge de la preuve donne lieu à certains développements.

⁶⁷ Kulla, n° 11.

⁶⁸ Deguegue, I, B.

⁶⁹ Deguegue, I, B, 2.

⁷⁰ Notre Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement (2004), ch. 3, in fine; Caranta, n° II.3.a. Comp. en Grèce, S. Flogaitis & Ch. Petrou, n° 3.2.1. Voy. toutefois quelques éléments relatifs à la charge de la preuve, donnés plus loin.

⁷¹ Rapports de M. Hanschel, IV, de Mme Deguegue (II); Document COM du 2 février 2000 de la Commission des CE, cité par plusieurs rapporteurs et analysé dans le rapport italien de M. Caranta, n° I.2.

⁷² Jadot & Tulkens, n° 26.

⁷³ Comtois, Conclusions.

Dans le rapport de l'Etat membre à la Communauté européenne, tout d'abord, l'invocation de la précaution pour justifier une entrave à la libre circulation n'entraîne pas de renversement de la charge de la preuve. Dans le cas particulier où une mesure communautaire d'harmonisation a été prise, l'Etat membre qui veut y déroger sur la base de l'article 95(5) CE ne peut utilement invoquer la précaution que s'il fournit de nouveaux arguments scientifiques, ce qui peut apparaître paradoxal.⁷⁴

Dans le rapport de l'administration à l'administré, ensuite, la charge de la preuve du risque ou de l'innocuité d'un comportement n'est pas uniformément réglée.⁷⁵ Nous ne voyons pas de constante se dégager du principe de précaution lui-même. Au Danemark, la preuve est à charge de l'administration, l'objet à prouver n'est toutefois plus qu'un risque et non un fait,⁷⁶ sans renversement de la charge de la preuve après le début de démonstration du risque par l'administration car celle-ci a toujours l'obligation de pleinement justifier ses actes, de rechercher les informations scientifiques les plus actuelles et de les utiliser. L'aide de l'administré est toutefois requise lors d'une demande d'autorisation. Dans ce cas, l'absence d'information procurée par le demandeur peut faire présumer que les faits ne lui sont pas favorables. En Finlande, le demandeur de permis doit faire la preuve et supporte le coût du travail scientifique de préparation du dossier. Certaines lois aménagent la charge de la preuve. Par exemple, en cas de dommage environnemental ou d'accident de vaccination, la victime doit seulement faire la preuve de la probabilité du lien causal, ce qui situe la preuve à administrer entre la certitude et la simple possibilité. En Suisse, où le propos est peut-être réduit aux cas d'actes assujettis à autorisation, dès l'instant où le risque atteint le degré de vraisemblance suffisant, la précaution revient à reporter le fardeau de la preuve 'de facto' sur l'auteur de la mise en danger qui doit prouver l'innocuité du comportement.⁷⁷ Il appartient au législateur d'être plus exigeant, comme dans la législation relative aux produits thérapeutiques qui impose au demandeur d'autorisation la preuve de la sécurité du produit.⁷⁸ Le refus s'impose si la sécurité du médicament n'est pas démontrée de manière convaincante. C'est une conception législative sévère de la précaution.

L'adoption d'un système de déclaration au lieu d'un assujettissement à autorisation a été analysé comme un aménagement de la charge de la preuve, déplacée sur l'Etat si ce dernier veut interdire ce qui a été déclaré.⁷⁹ Un tel déplacement de la charge de la preuve ne nous semble pourtant pas inhérent au système de déclaration lui-même.

⁷⁴ T.P.I.C.E., 5 octobre 2005, Land Oberösterreich et République d'Autriche, Aff. jtes T-366/03 et T-235/04; Caranta, I.3.

⁷⁵ Sur cette question, notre étude, *Le Conseil d'Etat et le principe de précaution*, préc., sp. n°s 18 à 21; Wood, Wood & Wood, II,1; Comtois, 1, a.

⁷⁶ Fenger, n° 5.3.3., qui souligne que le principe de précaution permet de prouver un risque plutôt qu'un fait.

⁷⁷ Aussi, Comtois, 1, a.

⁷⁸ Fasel & Sprumont, V.

⁷⁹ Hanschel, III, 9, en matière de produits chimiques.

Enfin celui qui demande en justice l'arrêt d'une activité ou l'annulation d'une autorisation doit prouver le risque de manière suffisante, ce que le juge apprécie.⁸⁰ La mise en œuvre du principe de précaution n'induit pas de modalités procédurales particulières devant les juridictions.

3.2. Proportionnalité et contrôle du juge

Le contrôle du juge, assez difficile sur la mesure elle-même, est plus facile quand une méthodologie détaillée a été mise au point. Il porte alors sur la procédure plutôt que sur le fond. C'est d'ailleurs un trait assez général du droit de l'environnement quand il prend la forme des droits fondamentaux de l'homme.⁸¹ Cette formalisation certaine de la démarche de précaution contraste avec la substance incertaine des mesures à prendre mais elle s'explique aussi par ce fait.⁸²

Sur la mesure de précaution elle-même, le contrôle du juge varie d'un domaine et d'un ordre juridique à l'autre. Le droit d'accès au juge est plus ou moins étendu selon les matières, l'intérêt à agir aussi.⁸³ Une fois le juge saisi, l'étendue de l'appréciation de validité va de la simple reconnaissance d'un large pouvoir discrétionnaire à un examen minutieux. Au Canada, l'indétermination du principe, voulue par le législateur, conduit le juge à laisser un grand pouvoir d'appréciation à l'administration.⁸⁴ En France, par exemple, le contrôle est normal dans le domaine de l'environnement mais il est très souple dans la matière de la santé. Quand le juge procède à l'examen de la légalité de la mesure, il se livre à une appréciation de proportionnalité d'importance inégale.

En principe, l'appréciation de proportionnalité se fait en comparant l'intérêt protégé, les moyens employés et l'atteinte à certains droits et libertés. Dans l'appréciation 'normale',⁸⁵ exigeante, à laquelle se livre la Cour de Justice, l'Etat dispose d'une assez grande marge d'appréciation pour décider du degré auquel il entend protéger un intérêt (santé, environnement, ...).⁸⁶ Le juge examine ensuite le caractère adéquat de la mesure prise (atteint-elle l'objectif?) et, enfin, la proportion au sens strict, soit le caractère nécessaire ou encore l'idée que le moyen choisi ne doit pas entraîner plus de restrictions aux droits et libertés qu'il

⁸⁰ Cas d'une preuve insuffisante en matière de téléphonie mobile, Rondón de Sansó, n° 5.B. Cas de preuves suffisantes en matière de téléphonie mobile et de lignes à haute tension, Jadot & Tulkens.

⁸¹ M. Pâques, *L'environnement un certain droit de l'homme*, in *L'union européenne et les droits de l'homme*, Administration Publique, Trimestrial (2006) pp. 38 *et seq.*

⁸² Rapports suisse (V), allemand, français (II), les conclusions du rapport canadien: "Like ethical rules and policy guidelines, the precautionary principle commands a process rather than imposes results."

⁸³ Les rapports allemand et belge.

⁸⁴ Comtois, 4, 1.

⁸⁵ Mot utilisé par Mme Deguegue (I, A, 1) qui se réfère par exemple à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, C-192/01.

⁸⁶ Tel est également le cas au Danemark, Fenger, n° 5.3.1.

n'est indispensable pour assurer complètement l'objectif fixé. Certains ordres juridiques se réfèrent toutefois à un contrôle de proportionnalité moins sévère ou n'adoptent pas la même sévérité dans tous les cas, nous y reviendrons.⁸⁷

De manière plus approfondie, relevons les éléments suivants. Sous réserve d'obligations constitutionnelles ou supranationales, le législateur dispose généralement lui-même d'un assez grand pouvoir d'établir le seuil de protection dont il veut faire bénéficier la société. Le Traité CE impose parfois un niveau élevé de protection de l'intérêt (environnement (174), santé (152)). Cependant, même dans ce cas, le législateur communautaire lui-même se voit reconnaître un large pouvoir d'appréciation par la Cour de Justice⁸⁸ qui règle souvent la question au stade de l'adéquation et de la proportion. La compétence des autorités

⁸⁷ Au Danemark, par exemple, Fenger, n° 5.3.2.1.

⁸⁸ Ce pouvoir d'appréciation est très clairement reconnu par l'Avocat général LEGER dans des conclusions préc. C.J.C.E., 14 juillet 1998, SAFETY High Tech SRL, C-284/95 (concl. n°s 64 et s.). L'arrêt est moins net:

47. En second lieu, selon Safety, le règlement, en autorisant l'utilisation des halons, qui ont, par rapport aux HCFC, un ODP beaucoup plus élevé et présenteraient donc une dangerosité beaucoup plus importante sur l'ozone, n'aurait pas assuré un niveau de protection de l'environnement élevé, ainsi que l'exige l'article 130 R, paragraphe 2, du traité. 48. Quant à cette exigence, il y a lieu de relever que le règlement assure une protection élevée. En effet, il résulte des quatrième et cinquième considérants de ce règlement que ce dernier, compte tenu des connaissances scientifiques et en vue de respecter les engagements de la Communauté au titre de la convention de Vienne et du deuxième amendement au protocole de Montréal, a pour objet d'édicter des mesures en vue de contrôler, notamment, l'utilisation des HCFC. Le sixième considérant du règlement précise, par ailleurs, que, eu égard notamment aux connaissances scientifiques, il convient, dans certains cas, d'introduire des mesures de contrôle plus rigoureuses que celles prévues par le deuxième amendement au protocole. En interdisant par l'article 5, paragraphe 1, du règlement, l'utilisation des HCFC et en adoptant ainsi une mesure plus rigoureuse que celles imposées par ses obligations internationales, le législateur communautaire n'a pas méconnu le principe de protection élevée énoncé à l'article 130 R, paragraphe 2, du traité.

Egalement une interprétation in C.J.C.E., 9 septembre 2003, aff. C-236/01, Monsanto Italia SpA et autres c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri et autres (nouvelle version française de l'arrêt, mise sur le serveur de la Cour le 23 octobre 2003; en bref par S. Charneux in *Am.-Env.*, 2004/1, p. 43), motifs 128 et s. (Le règlement communautaire n° 258/97, relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, autorise la mise sur le marché, au moyen d'une procédure dite 'simplifiée', d'aliments produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, mais n'en contenant plus. Cette procédure simplifiée de mise sur le marché ne nécessite qu'une notification à la Commission. Cependant, une attestation établie par un organisme national d'évaluation des denrées alimentaires doit prouver que ces nouveaux aliments sont 'substantiellement équivalents' aux aliments traditionnels; la Cour examine "la question de savoir si la procédure simplifiée, en ce qu'elle n'exige pas une évaluation intégrale des risques, est assortie de modalités suffisantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement au sens, respectivement, des articles 152, paragraphe 1, CE ainsi que 174, paragraphe 2, CE et pour garantir le respect des principes de précaution et de proportionnalité.") Le 'niveau élevé', imposé en matière de santé publique à l'article 152, donne également lieu à interprétation, en relation avec le principe de non discrimination in C.J.C.E., 6 décembre 2005, ABNA, C-453/03 et a:

63. Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (arrêts *Arnold André*, précité, point 68; *Swedish Match*, précité, point 70, et du 12 juillet 2005 *Alliance for Natural Health e.a.*, C-154/04 et C-155/04, non encore publié au Recueil, point 115). 64. L'objectif visé par la directive 2002/2 est la protection de la santé publique. Un tel objectif pourrait justifier une éventuelle différence de traitement, compte tenu surtout de l'obligation, résultant de l'article 152, paragraphe 1, CE, d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté. 65. Par ailleurs, ainsi que l'a souligné à bon droit le Conseil, 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, tel celui des aliments destinés à la consommation humaine, cela ne constituerait pas une raison suffisante pour considérer que les mesures prises dans le secteur faisant l'objet des mesures communautaires en cause 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.

communautaires d'intervenir en situation de risque incertain a d'abord été admise en application d'une obligation de protection dans le cadre d'un examen de proportionnalité,⁸⁹ le principe de précaution étant parfois appelé en appui.⁹⁰ Cette combinaison participe d'un abaissement du seuil de l'intervention publique en matière de risque.

Quant au législateur national, il dispose lui aussi d'une marge d'appréciation étendue pour fixer le niveau auquel il convient de protéger un intérêt admissible, plus encore en situation d'incertitude que face aux dangers établis. Telle est du moins la jurisprudence de la Cour de Justice qui apprécie la compatibilité de ces interventions de police avec le principe de libre circulation.⁹¹

Le but lui-même échappe en principe au contrôle juridictionnel: la décision qui établit le degré de protection que le législateur ou l'administration choisit est politique. Mais ce n'est qu'en principe car même le but est sujet à un contrôle de légitimité; il est également mis en question par le biais de l'examen de proportionnalité qui prend en compte l'importance des restrictions à d'autres intérêts qu'une action cohérente impose d'adopter pour atteindre le but.⁹² Quant aux motifs de cette décision relative au but, ils sont contrôlables. Les raisons de fixer cet objectif doivent être formulées et exactes en fait.⁹³ Le juge exigera de l'autorité

⁸⁹ C.J.C.E., 5 mai 1998, National Farmers' Union e.a., C-157/96; aussi, T.P.I.C.E., 16 juillet 1998, Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA, T-199/96.

⁹⁰ CJCE, 12 juillet 2005, Alliance for natural health, C-154/04 et C-155/04, motif 68; T.P.I.C.E., 28 juin 2005, Industrias Químicas del Vallés, SA, T-158/03, motif 133; Caranta, n° I.3.

⁹¹ C.J.C.E., 5 février 2004, Commission contre France, C-24/00, motifs 49

Il convient de rappeler qu'il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et de l'exigence d'une autorisation préalable à la mise sur le marché de denrées alimentaires, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (voir arrêts du 14 juillet 1983, Sandoz, 174/82, Rec. p. 2445, point 16, et Commission/Danemark, 23 septembre 2003, C-192/01, point 42).

et

50. Ce pouvoir d'appréciation relatif à la protection de la santé publique est particulièrement important lorsqu'il est démontré que des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique quant à certaines substances, telles les vitamines qui ne sont en règle générale pas nocives par elles-mêmes, mais qui peuvent produire des effets nuisibles particuliers dans le seul cas de leur consommation excessive avec l'ensemble de la nourriture dont la composition n'est pas susceptible de prévision ni de contrôle.

(voir arrêts précités Sandoz, point 17, et Commission/Danemark, point 43).

⁹² Telle est la portée de la finale de cette considération que la Cour d'arbitrage belge a émise à propos d'une législation régionale de lutte contre le bruit:

B.8.3. La liberté du commerce et de l'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Le législateur compétent peut être amené – que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs – à limiter la liberté d'action des personnes ou entreprises concernées, ce qui aura nécessairement une incidence sur la liberté du commerce et de l'industrie. Les régions ne violeraient cette liberté que si elles la limitaient sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi ou portait atteinte au principe en manière telle que l'union économique soit compromise.

(C.A., 15 mai 1996, 29/1996, souligné par nous). La validité d'un contrôle juridictionnel du degré de protection choisi a été discutée. Elle a été admise sous l'angle d'une exception à la libre circulation des marchandises in C.J.C.E., 20 septembre 1988, Commission c/ Danemark, 302/86, C.D.E., 1990, pp. 403 et s. note B. Jadot; sur cet arrêt et cette question, D. Geradin, Trade and the environment, A comparative study of EC and US Law (1997), pp. 26 à 28 et p. 62; dans le rapport avec une limitation du droit de propriété, Cour Eur. D. H., 19 décembre 1989, Mellacher, motif 45. Voy. une critique de la légitimité d'un but en matière d'entrave à la circulation des étudiants, concl. Jacobs in Affaire C-147/03, Comm. contre Autriche, n°30.

⁹³ On ne perdra pas de vue les considérations faites plus haut sur la preuve.

un examen attentif du risque allégué et une appréciation circonstanciée de la probabilité que le comportement visé présente le risque d'atteinte à l'intérêt protégé, le tout sur la base des meilleures informations scientifiques.⁹⁴

Quant au choix de la mesure, l'on note que "lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante" et "que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés."⁹⁵ Néanmoins, ce principe de la mesure la moins contraignante subit certaines atténuations:

Le simple fait que le législateur eût pu, en théorie, atteindre un niveau comparable de protection de la santé publique par des mesures moins restrictives que celles ici en cause ne permet donc pas de conclure qu'il a enfreint le principe de proportionnalité, car un système de listes positives assure incontestablement un niveau de protection élevé en éliminant a priori autant de risques potentiels pour la santé que possible.⁹⁶

Evidemment, l'incertitude inhérente à la situation dans laquelle la précaution est appelée à jouer rend l'application de ce test de proportionnalité bien délicate;⁹⁷ en ce sens, la précaution influence l'examen de proportionnalité.⁹⁸ Plus généralement, c'est-à-dire sans égard particulier à la situation de précaution, le contrôle juridictionnel de l'examen de proportionnalité est moins approfondi dans certains secteurs où la précaution peut aussi jouer un rôle. En droit européen, dans le domaine de l'agriculture et de la santé, la Cour reconnaît au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation, de choix de nature politique, économique et sociale et elle réduit son contrôle à l'erreur manifeste.⁹⁹

⁹⁴ Not.

Certes, une telle évaluation du risque pourrait révéler qu'une incertitude scientifique persiste quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé publique. Dans de telles circonstances, il doit être admis qu'un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (voir, en ce sens, arrêt du 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, Rec. p. I-2211, point 63). Toutefois, l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétiques (voir arrêts du 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia e.a.*, C-236/01, non encore publié au Recueil, point 106, et *Commission/Danemark*, précité, point 49).

C.J.C.E., 5 février 2004, *Commission contre France*, C-24/00. Voy. le rapport Danois qui se réfère à l'arrêt PFIZER du T.P.I.C.E. (5.3.1); celui de M. Caranta. Dans le même sens la jurisprudence colombienne signalée dans le rapport vénézuélien par Mme Rondón de Sansó, n° 6; le rapport de Mme Fasel & M. Sprumont, VII.C ("exigence d'un seuil minimal de scientificité du risque.")

⁹⁵ C.J.C.E., 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, C-504/04, motif 35, qui se réfère aux arrêts du 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13; du 5 octobre 1994, *Crispoltoni e.a.*, C-133/93, C-300/93 et C-362/93, Rec. p. I-4863, point 41; du 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, Rec. p. I-2211, point 60, et du 12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, C-189/01, Rec. p. I-5689, point 81.

⁹⁶ Concl. de l'Avocat général Geelhoed dans l'affaire C-154/04 et C-155/04.

⁹⁷ En ce sens Hanschel, IV, 2, b.; Kulla, n° 10.

⁹⁸ Fasel & Sprumont, VII, B.

⁹⁹ En matière agricole, s'agissant notamment de mesures prises au titre de l'article 43 du traité CE (devenu, après modification, article 37 CE), le contrôle juridictionnel du principe de proportionnalité est particulier, en ce que la Cour reconnaît au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans ce domaine impliquant des choix de nature politique, économique et sociale, ainsi que des appréciations complexes (arrêt de la Cour du 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, Rec. p. I-2211, point 61). Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure.

(arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, C-189/01, Rec. p. I-5689, point 82; arrêts *Pfizer Animal Health/Conseil*, précité, point 412, et *Alpharma/Conseil*, précité, points 177 à 180); T.P.I.C.E., 28 juin 2005, *Industrias Químicas del Vallés, SA*, T-158/03; Eg. in C.J.C.E., 9 septembre 2003, aff. C-236/01, *Monsanto Italia SpA* et autres *c/ Presidenza del Consiglio*

Comme le note M. Caranta, la Cour s'attache davantage à l'examen de la proportionnalité de la mesure qu'à tirer les conséquences du principe de précaution lui-même, du moins quand la Cour examine la validité du droit communautaire. En revanche, elle s'y réfère davantage lorsqu'elle examine la validité de mesures de droit national d'initiative propre¹⁰⁰ ou des mesures d'exécution des directives de conservation de la nature.¹⁰¹

C'est dans cet examen de proportionnalité que l'auteur de la norme – ici le législateur – doit prendre en considération les intérêts qui entrent en conflit avec l'intérêt protégé par la mesure à prendre. Non seulement les intérêts du destinataire de la mesure¹⁰² mais aussi

dei Ministri et autres. Analyse en bref par S. CHARNEUX in *Am.-Env.*, 2004/1, p. 43, rédigée sur base de la nouvelle version française de l'arrêt, mise sur le serveur de la Cour le 23 octobre 2003, motif 135:

S'agissant d'un domaine où le législateur communautaire est appelé à effectuer des appréciations complexes, le contrôle juridictionnel de l'exercice de sa compétence doit se limiter à examiner s'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un détournement de pouvoir ou si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation

(arrêt *Generics (UK) e.a.*, précité, point 67); C.J.C.E., 12 juillet 2005, C-154/04 & 155/05, motifs

51. Il importe encore de vérifier si ladite mesure est nécessaire et proportionnée au regard de l'objectif de protection de la santé des personnes. 52. S'agissant du contrôle juridictionnel de ces conditions, il convient de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure

(voir arrêt *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, précité, point 123); C.J.C.E., 6 décembre 2005, ABNA, C-453/03 et a.:

69 S'agissant du contrôle juridictionnel des conditions mentionnées au point précédent [directive relative aux aliments fondée sur l'article 152 CE (santé publique)], il y a lieu de rappeler qu'il convient de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, seul le caractère manifestement disproportionné d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure.

(voir, en ce sens, arrêts précités *Arnold André*, point 46; *Swedish Match*, point 48, et *Alliance for Natural Health e.a.*, point 52); é.g. C.J.C.E., 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, C-504/04, motif 36.

¹⁰⁰ R. Caranta, n° I.3.

¹⁰¹ Application de la directive 92/43 (art. 6) in C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Commission contre République fédérale d'Allemagne* C-98/03, motif 40:

La Cour a déjà jugé que l'exigence d'une évaluation appropriée des incidences d'un plan ou d'un projet est subordonnée à la condition qu'il y ait une probabilité ou un risque qu'il affecte le site concerné de manière significative. Or, compte tenu, en particulier, du principe de précaution, un tel risque existe dès lors qu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que ledit plan ou projet affecte le site concerné de manière significative.

(voir arrêt du 20 octobre 2005, *Commission/Royaume-Uni*, C-6/04, non encore publié au Recueil, point 54).

¹⁰² Cas d'une obligation jugée à la fois inadéquate et excessive, C.J.C.E., 6 décembre 2005, ABNA, C-453/03 et a.:

82 Ainsi que l'ont souligné les requérants au principal, l'obligation faite de fournir aux clients l'indication exacte des composants d'un aliment porte une atteinte grave aux intérêts économiques des fabricants, dès lors qu'elle contraint ces derniers à divulguer les formules de composition de leurs produits, au risque que ces produits soient utilisés comme modèles, éventuellement par les clients eux-mêmes, et que lesdits fabricants ne puissent tirer les bénéfices des investissements qu'ils ont consentis en matière de recherche et d'innovation. 83 Or, une telle obligation ne saurait être justifiée par l'objectif de protection de la santé poursuivi et va manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Il y a lieu de relever, notamment, que cette obligation est indépendante de tout problème de contamination des aliments et doit être satisfaite sur la seule demande du client. En outre, il ressort des explications fournies et des exemples présentés à la Cour que l'indication, sur l'étiquette, des pourcentages à l'intérieur de fourchettes devrait normalement permettre l'identification d'un aliment suspect d'être contaminé, pour évaluer sa dangerosité en fonction du

d'autres intérêts collectifs qui méritent considération.¹⁰³ Cela semble aussi valable dans le cas de l'acte administratif réglementaire ou individuel. Parfois le législateur dote l'autorité d'outils d'évaluation spécifiques. Tel est spécialement le cas en matière d'environnement où s'est développée l'étude d'impact. Saisie d'une demande d'autorisation, l'autorité est avertie d'un danger ou d'un risque d'atteinte à l'environnement et elle doit l'évaluer.¹⁰⁴ La compétence de l'autorité dans l'utilisation de ces outils d'information est plus ou moins discrétionnaire.

Enfin, en situation d'incertitude, la mesure adéquate et proportionnée sera plutôt réversible, provisoire. En outre, à suivre la jurisprudence du Tribunal de première instance des CE, elle sera complétée par une accentuation de la recherche afin d'établir, dans le futur proche, une plus grande certitude.¹⁰⁵ La définition du principe de précaution contenue dans le règlement 2002/178 est empreinte de cette conception de la proportionnalité.¹⁰⁶ Toutefois, l'absence d'obligation faite à l'autorité d'entreprendre des recherches scientifiques est soulignée dans certains ordres juridiques.¹⁰⁷

En principe, le test de proportionnalité est fondé sur l'absence de hiérarchie établie a priori entre les intérêts en question.¹⁰⁸ L'affirmation de la précaution tend au contraire à privilégier un intérêt et à le faire prévaloir a priori sur d'autres considérations. La jurisprudence du

ponds indiqué et décider éventuellement de son retrait provisoire dans l'attente des résultats des analyses en laboratoire ou pour l'établissement de la traçabilité du produit par les autorités publiques concernées.

¹⁰³ C.J.C.E., 12 janvier 2006, Agrarproduktion Staebelow GmbH, C-504/04, motif 37

Dans le cadre de l'examen des contraintes liées à différentes mesures possibles, il convient de vérifier que, outre l'objectif principal de protection de la santé publique, le législateur communautaire a pleinement tenu compte des intérêts en présence, et notamment du droit de propriété ainsi que des exigences du bien-être des animaux.

(arrêt du 10 mars 2005, Tempelman et van Schaijk, C-96/03 et C-97/03, Rec. p. I-1895, point 48); C.J.C.E., 23 septembre 2003, C-192/01, Commission contre Danemark.

¹⁰⁴ Par exemple, la dissémination volontaire ou la mise sur le marché d'OGM est soumise à un régime d'autorisation. Quiconque veut obtenir une autorisation doit procéder auparavant à une évaluation des risques sanitaires et environnementaux (Article 4, paragraphe 3, de la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220 (JO L 106, p. 1)).

¹⁰⁵ Caranta, n° I.1; Hanschel, IV, 2, d

¹⁰⁶ Règlement (CE) n° 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 procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, Journal officiel n° L 031 du 01/02/2002 pp. 1 et s., Art. 7:

1. 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. 2. Les mesures adoptées en application du paragraphe 1 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 des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question. Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable, en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une évaluation plus complète du risque.

¹⁰⁷ Au Danemark, Fenger, n° 5.3.2.2.

¹⁰⁸ Fasel & Sprumont, VII.

Tribunal de première instance et de la Cour de justice est claire: le principe de précaution impose 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.”¹⁰⁹ Cette décision de donner a priori un poids plus lourd à la santé ou à l’environnement s’observe ailleurs.¹¹⁰

Pourtant ces intérêts économiques ne sont à leur tour pas entièrement négligés.¹¹¹ Le test de proportionnalité complète souvent lui-même la démarche de précaution et impose des limites à l’action de précaution. Ainsi, la prohibition totale pourrait être disproportionnée,¹¹² sans l’être nécessairement.¹¹³ La définition de la précaution donnée par la loi française Barnier du 2 février 1995 intègre la proportionnalité et les considérations économiques: “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.” Le principe 15 de la déclaration de Rio,¹¹⁴ des lois américaines,¹¹⁵ canadiennes,¹¹⁶ belges¹¹⁷ ou suisses sur la protection de l’environnement ou sur l’agriculture,¹¹⁸ la conception grecque¹¹⁹ se prêtent aux mêmes observations: il se confirme qu’il y a le plus souvent un seuil de risque acceptable.¹²⁰ En outre, les mesures de précaution ne peuvent être plus sévères que celles qui eussent été adoptées si le risque avait été certain.¹²¹

¹⁰⁹ T.P.I.C.E., *Artegodan*, préc., motif 184; T.P.I.C.E., 28 juin 2005, *Industrias Químicas del Vallés, SA*, T-158/03, motif 134.

¹¹⁰ *Fasel & Sprumont*, V & VII.B.

¹¹¹ Ils imprègnent toute la politique communautaire de l’environnement (art. 6, 95, 174, §§2 & 3, CE); *Caranta*, n° I.1.

¹¹² *Kulla*, n° 10.

¹¹³ *Jadot & Tulkens*, n° 28.

¹¹⁴ *Rondón de Sansó*, n° 3; considéré comme une ‘version faible’ du principe de précaution, *Wood, Wood & Wood*, II, 2, avant l’appel de la note 112.

¹¹⁵ *Wood, Wood & Wood*, I., avant l’appel de note 36.

¹¹⁶ *Comtois*, 1, a. Mme Comtois souligne les différences quant au seuil qui s’observent entre les différentes législations canadiennes, fédérales et provinciales.

¹¹⁷ *Jadot & Tulkens*, n°s 20 et s.

¹¹⁸ *Fasel & Sprumont*, V & VII.

¹¹⁹ *Flogaïtis & Petrou*, n° 2.

¹²⁰ *Deguergue*, Introduction, ég. I.A.2., in fine.

¹²¹ *Fenger*, n° 5.3.2.1.

La formulation du principe est parfois moins balancée,¹²² plus forte et alors souvent considérée comme disproportionnée aux Etats-Unis.¹²³ En l'absence de précision législative, le principe de proportionnalité s'appliquera.

Enfin, le contrôle juridictionnel national est parfois moins exigeant. Les juges danois sont réticents à réviser l'analyse coûts-bénéfices conduite par l'administration.¹²⁴ La jurisprudence française laisse un pouvoir discrétionnaire à l'administration quand il y va de la précaution relative à la protection de la santé;¹²⁵ le juge italien est plutôt réticent à contrôler la compatibilité d'une mesure au principe de précaution.¹²⁶ En droit allemand aussi, le contrôle juridictionnel de proportionnalité est moins fort.¹²⁷

4. Conclusions

La démarche, le principe de précaution, sont-ce les caractères d'une société de la peur qui préfère l'inhibition de son développement à la liberté et au progrès? Certes, le principe de précaution revient le plus souvent à limiter la liberté d'entreprendre, la liberté de prendre un risque.

La société qui applique le principe de précaution est aussi celle qui veut mieux partager les profits et les pertes. En tout cas faire en sorte que l'hypothèse de la perte collective soit envisagée en même temps et autant que l'entreprise et le bénéfice d'un seul et, sans doute aussi, que le profit social à tirer du comportement à risque. Là sont les critiques américaines, ce dernier aspect serait insuffisamment examiné.

Cette société provoque le débat avant l'action avec la conséquence que celle-ci est retardée ou corrigée. Ce débat doit être collectif, dans les parlements ou par le biais de la participation citoyenne. Il est néanmoins souvent abandonné au contentieux, délégué à la juridiction chargée de donner corps à des idées fort générales. Est-ce satisfaisant?

Les législations sont formulées de manière fort vague, quand elles existent. Bien entendu, il est difficile d'établir de façon générale et abstraite les formes et l'intensité de la précaution mais nous nous demandons si cet effort législatif est accompli avec une intensité suffisante dans les enceintes parlementaires nationales. Les questions délicates qui ne sont pas résolues

¹²² La loi belge sur la protection du milieu marin du 20 janvier 1999, art. 4, §3:

Le principe de précaution signifie que des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter d'une pollution des espaces marins, même s'il n'existe pas de preuve concluante d'un lien causal entre l'introduction de substances, d'énergie ou de matériaux dans les espaces marins et les effets nuisibles.

Jadot & Tulkens, n° 21.

¹²³ Wood, Wood & Wood, II, 2, avant l'appel de note 113, citent une disposition comparable qui règle en outre un renversement de la charge de la preuve et II, 2, in fine.

¹²⁴ Fenger, n° 5.3.2.1.

¹²⁵ Deguergue, I, A, 1.

¹²⁶ Caranta, Conclusions.

¹²⁷ Hanschel, IV, 2, b.

avec certitude sont nombreuses. Elles vont de la plus fondamentale relative à l'existence même et la place du principe, aux modalités élémentaires d'application comme la manière de fixer le seuil ou d'établir une mesure concrète.

Au cours de notre bref examen, nous avons souvent traité la précaution dans la confection de la loi en même temps que la précaution dans l'action administrative. Les décisions des juridictions européennes s'adressent en effet tantôt à la loi, tantôt à l'acte administratif. Les jurisprudences nationales aussi. Les enseignements se croisent.

Dans la plupart des Etats, l'administration est là pour appliquer la loi et il s'ensuit qu'un encadrement législatif de son pouvoir d'imposer, d'interdire ou d'autoriser est de nature à garantir les libertés publiques, la sécurité juridique et l'égalité. Quand le pouvoir discrétionnaire est nécessaire, il doit être attribué à l'administration en toute transparence par un législateur qui mesure pleinement les enjeux et les contours de son choix, un législateur qui facilitera ainsi l'exercice du contrôle juridictionnel de l'administration.

Le caractère procédural de la démarche de précaution est très clair. C'est sur la procédure que le contrôle du juge s'exerce le plus facilement. Il est sans doute moins opportun que le juge doive établir lui-même la méthodologie de l'action en situation d'incertitude. Ce rôle revient au législateur.

En matière de précaution, l'encadrement législatif semble insuffisant dans la plupart des systèmes examinés. L'on s'en remet trop systématiquement à l'administration et au juge. C'est certainement là que l'amélioration devrait être entreprise.

Cite as: Michel Pâques, *La précaution en droit administratif*, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-29.pdf>>.