

Philippe MONGIN*

LE DEVELOPPEMENT DURABLE CONTRE LE PRINCIPE DE PRECAUTION? **

Avec le recul de six mois, il est possible de tirer quelques leçons, peut-être elles-mêmes durables, du sommet qui s'est tenu à Johannesburg sur le développement durable. Le faste médiatique d'une rencontre que les grandes entreprises avaient décidé d'investir, le verbalisme des bons sentiments qui envahit comme jamais les tréteaux de l'ONU, la confusion calculée des textes officiels chaque fois que des intérêts nationaux se trouvaient mis en jeu – tous ces traits mécontentèrent à juste titre les observateurs qui n'avaient pas fait le déplacement de Johannesburg dans une intention stratégique ou publicitaire déterminée. Nous pensons comme eux que le sommet de septembre 2002 n'a pas fait progresser les thèses qu'il avait pour objectif de défendre; pour autant, il n'est pas le "non-événement" que les journalistes décrivent alors. Il nous semble avoir marqué une inflexion repérable de la doctrine écologique telle qu'elle est internationalement définie. Le principe de précaution, que le précédent sommet de la terre avait consacré, fut mis en porte-à-faux pendant toute la phase de la négociation. Il est apparu qu'il pouvait contrarier le développement durable comme certaines des parties - au premier chef le tiers-monde industrialisé - le conçoivent désormais. Après qu'il faillit disparaître des documents finaux, les négociateurs l'ont, dans un esprit de conciliation très onusien, simplement *relégué*. Si les sommets de la terre qui suivront devaient confirmer l'évolution de la doctrine internationale, elle perdrait un des outils juridiques les moins inefficaces qu'elle ait mis au point pour retarder les catastrophes menaçant la planète. L'objet de cet article est d'établir les affirmations précédentes, en examinant les textes adoptés à Johannesburg, puis de revenir sur le principe de précaution lui-même; nous nous efforcerons alors d'en faire sentir l'importance.

Le Sommet de Johannesburg faisait suite et écho à la Conférence sur l'Environnement et le Développement, réunie dix ans auparavant à Rio de Janeiro, ainsi que, plus lointainement, à la Conférence sur l'Environnement Humain de Stockholm en 1972, la première du genre. C'est

* Directeur de recherche, Laboratoire d'économétrie, CNRS et Ecole polytechnique, 1 rue Descartes, F-75016 Paris. Courriel: mongin@poly.polytechnique.fr

** Paru dans *Esprit*, n° 297, août-septembre 2003, p. 163-171.

entre Stockholm et Rio, avec le rapport de Mme Brundtland, que le développement durable fit son apparition dans une définition constamment reprise depuis: il désignerait la forme de développement "qui répond aux besoins du présent sans compromettre les capacités des générations futures à répondre aux leurs". Programmatique, prometteuse, englobante, la notion fut littéralement consacrée lors du sommet de Rio. Avant même qu'on en fît l'analyse, ou peut-être parce qu'on se gardait de la faire, elle semblait devoir unifier les préoccupations disparates du développement, élargi dans sa définition de manière à couvrir l'éducation et la démocratie, et celles de l'environnement, que l'on représentait de façon quelque peu restrictive comme un patrimoine à préserver pour les générations futures.

Avec Johannesburg, un pas supplémentaire semble avoir été franchi. L'expression de "développement durable" appartenait cette fois-ci à l'intitulé même de la rencontre; elle irrigue les textes qui en résultent, en assurant une synthèse encore plus vaste et moins bien définie qu'au sommet précédent. Si l'on en croit le Plan d'action (*Plan of Implementation*), document lourd de conséquences politico-symboliques même s'il demeure juridiquement non contraignant, le développement durable reposerait sur la triple assise du développement économique, du développement social et de la protection de l'environnement. Dans cette formule désormais fameuse des "trois piliers", l'ordre affiché des concepts et le dédoublement du premier font sentir que Johannesburg a renforcé l'orientation que Rio favorisait déjà. La question qui venait en premier dans le rapport Brundtland - les menaces qui pèsent sur l'écosystème planétaire et les moyens d'y parer - est devenue seconde par rapport à celle du sous-développement. "L'éradication de la pauvreté est le plus grand défi qui se présente au monde d'aujourd'hui et c'est une exigence indispensable du développement durable, tout particulièrement pour les pays en voie de développement" (Plan, §6). L'un des rares engagements qui soit nettement formulé porte sur l'eau potable et le traitement des eaux usées: on voudrait qu'une moitié de ceux qui n'en bénéficient pas maintenant y accèdent dès 2015. S'il était tenu, cet engagement ferait disparaître une forme très concrète de pauvreté, ainsi qu'une injustice criante dans la disposition des ressources naturelles, mais non pas évidemment la menace qui pèse à long terme sur l'existence de ces ressources. Le Plan d'action ne traite ni même ne soulève la criante difficulté; cette absence fait ressortir la hiérarchie des considérations normatives que Johannesburg sanctionne officieusement.

On ne peut pas espérer que des foules déambulant dans des stands fassent progresser la réflexion sur des concepts fuyants, ni que leurs dirigeants paraphent les objectifs contraignants plus volontiers que les intentions pieuses. Cependant, on pouvait attendre plus

de continuité dans la défense des idées que la réflexion collective avait su dégager en matière d'environnement et faire approuver par le droit dans quelques cas favorables. Victime de l'éclectisme incontrôlé de Johannesburg, le principe de précaution a paru menacé pendant les tractations jusqu'au point de disparaître un moment des conclusions projetées. De grands pays européens l'auraient sauvé d'extrême justesse. Ils devaient faire face à la coalition des organisations libre-échangistes, appuyées par les entreprises, et des pays en voie de développement, qui, les uns et les autres, s'en défient pour de transparentes raisons. Les premières y voient la tête renaissante de l'hydre protectionniste; les seconds, un luxe de pays nantis que ces derniers transformeront à leur convenance en barrière à leurs exportations. Au-delà de ces démêlés, le texte du Plan d'action manifeste l'affaiblissement du principe. La précaution n'y figure qu'à deux reprises, à propos des substances chimiques dangereuses pour l'environnement ou la santé (§22), puis, avec tout de même plus de détails, dans une liste hétéroclite de moyens d'intervention (§103), une fois admise la banalité suivant laquelle il serait souhaitable d'employer mieux les résultats scientifiques. La presse a très justement fait remarquer que l'expression choisie - "l'approche" de la précaution - lui déniait la portée solennelle de "principe" que lui conféraient la Déclaration de Rio et les deux Conventions qui l'accompagnent. Les négociateurs ont manifesté leur subtilité habituelle en combinant cette dénomination affaiblissante avec la référence au "principe 15 de la Déclaration de Rio", accompagnée du texte même de cet article:

"Pour protéger l'environnement, les Etats devront largement mettre en œuvre l'approche de la précaution à raison de leurs moyens. Quand il y a des risques de perturbations graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures proportionnées aux coûts pour empêcher la dégradation de l'environnement" (§103f)

L'habileté onusienne a donc sauvé l'honneur de la précaution. Mais son influence effective sur les orientations devient modeste, voire négligeable. On s'attendait à la retrouver en tête du chapitre qui s'intitule "Modifier les schémas non durables de consommation et de production". Or le "principe pollueur-payeur" y figure en bonne place (§14b), alors que celui de précaution manque. Il faut rappeler que les rédacteurs de la Déclaration de Rio avaient jugé souhaitable de les mettre sur le même pied (principe 15 pour l'un et 16 pour l'autre).

De façon plus générale, Johannesburg marque un recul de *l'esprit normatif* qui était sensible à Rio. Le seul principe qui fasse l'objet d'une réaffirmation solennelle et répétée concerne les "responsabilités communes mais différenciées" dans la dégradation de l'environnement (principe 7). L'analyse politique en est limpide: il constitue une sauvegarde aux yeux du tiers-

monde et, surtout, des Etats en phase de décollage, comme la Chine, l'Inde ou le Brésil, qui ont été les plus actifs dans la négociation. Par rapport aux mesures que seraient censés mettre en œuvre les pays les plus anciennement industrialisés, ceux-là défendent dorénavant un statut d'exception. On ne sait pas si leur position tombe plutôt du côté de la contestation factuelle (les experts occidentaux exagéreraient la pollution dont ils sont responsables) ou plutôt du côté de la revendication (ils affirmeraient leurs droits à choisir le développement qui leur agréé, quelles que soient les conséquences en matière de pollution). Le principe des "responsabilités communes mais différenciées" a l'avantage minimal de servir à tancer les Etats-Unis et d'autres pollueurs notoires qui n'ont pas les excuses de la pauvreté, comme l'Australie. Au-delà de cette conséquence favorable, il nous paraît lourd de menaces, à cause de la permissivité *volontairement mal circonscrite* qu'il accorde à la frange la plus dynamique du tiers-monde.

L'enjeu politique des "responsabilités communes mais différenciées" suffit à expliquer le sort que Johannesburg aura fait à ce principe relativement à d'autres. Il présente avec celui du pollueur-payeur l'analogie d'être strictement tourné vers l'état de choses passé: on ne se prononce que lorsque le mal est fait et l'on sous-entend qu'il est toujours possible sinon de rétablir le *statu quo ante*, du moins de déterminer ce que serait une compensation acceptable pour sa disparition. On amalgame le problème de l'imputation des charges financières avec celui des incitations aux vertus environnementales: c'est une chose que de reconnaître le fardeau des pays pauvres et les obligations, historiquement acquises, que l'Occident colonisateur et destructeur doit supporter à leur égard; c'en est une autre que de prétendre libérer celui-là des contraintes environnementales qui s'imposent à celui-ci. A supposer que les contraintes soient correctement définies, elles doivent l'être pour la planète entière. Nous nous inquiétons de voir des considérations de *justice corrective*, qui forment une partie seulement de la question, et non pas la partie essentielle, accaparer un tel rôle dans la constellation du développement durable. Les autres aspects pertinents sont la *justice distributive*, c'est-à-dire l'imputation des charges suivant les responsabilités actuelles et futures dans les dommages, et bien évidemment, *l'efficacité* dans la poursuite de l'objectif principal, qui reste la préservation de l'écosystème, au bénéfice des générations à venir ou simplement pour ce qu'il représente par lui-même. Les défenseurs institutionnels du développement durable font au concept nouveau le mérite d'intégrer la justice aux objectifs écologiques; mais ils n'entrent pas assez dans la distinction qui s'impose entre le sens correctif et le sens distributif. Du coup, ils suscitent une équivoque de plus, propice au jeu des acteurs stratégiques.

A côté du développement durable et, regrettablement, en partie contre lui, les deux notions qu'il faut ramener au premier plan sont *la prévention* et *la précaution*. La première est traditionnelle et bien comprise; elle s'applique normalement à des effets néfastes qui sont perçus comme tels et que l'on peut rattacher clairement à leurs causes. On prévient la pollution des océans par les hydrocarbures en renforçant la coque des pétroliers, les pertes des centrales nucléaires en triplant ou quadruplant leurs circuits d'eau contaminée, et ainsi de suite. La seconde est novatrice et délicate; elle n'entre en scène que si la première ne s'applique plus, ce qui n'est pas encore bien apprécié par tous les experts et les hommes de loi.¹

Deux cas polaires peuvent se présenter en matière de précaution. Il se peut que les rapports de causalité soient connus, tout au moins globalement et qualitativement, mais que la nature destructrice des effets pose problème. Ainsi, les gaz d'échappement des camions affectent la composition chimique de la neige et de la glace dans le massif de Chamonix; il reste à décider jusqu'à quel point cette pollution menacerait la qualité des eaux de rivière ou perturberait la flore de montagne. Il se peut aussi - en fait plus couramment - que le rapport causal échappe à l'analyse, tandis que la nocivité du phénomène est indiscutable. A chaque degré Celsius de réchauffement supplémentaire, on peut associer quelque catastrophe repérable: Tuvalu rayée de la carte, puis les côtes du Bengale, puis quelques polders de Hollande... Or, comme on ne le sait que trop bien, les mécanismes du réchauffement planétaire ne mettent pas les climatologues d'accord.

Le principe de précaution permet aux autorités (dans la version faible) ou leur fait obligation (dans la version forte) de prendre des mesures conservatoires en dépit de l'incertitude qui affecte l'un des deux chaînons du raisonnement de causalité. Le contenu normatif ne se limite pas là, et dans l'une ou l'autre version, le principe contraint le décideur public à réactualiser les mesures qu'il a prises au vu de l'évolution des données factuelles. Contrairement à ce que prétendent les interprètes les plus radicaux, en particulier certaines associations de défense de l'environnement, il ne recommande pas l'abstention systématique devant le risque.² D'autres

¹ Le recueil coordonné par C. Leben et J. Verhoeven (*Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, LGDJ, 2002) signale des décisions des tribunaux qui mobilisent à tort la précaution, alors que l'idée traditionnelle de prévention suffirait. Un rapport des experts de l'OMC, *Commerce et environnement* (1999), trahit la même confusion.

² Dans des travaux qui font autorité, Olivier Godard met particulièrement en relief ce point et le précédent. Voir la préface au *Principe de précaution dans les affaires humaines*, Paris, Editions de la MSH, 1997, et la partie

interprètes ont sombré dans des invocations grandioses à propos du principe; ne leur en déplaise, il ne suffira pas à changer le rapport de l'homme à la nature. Il ne s'agit pas de ligoter à nouveau Prométhée mais de guider ses tâtonnements. Dans des termes à la fois banals et nouveaux, le principe de précaution rappelle que l'homme doit laisser infléchir ses actions *parce qu'il devine de son ignorance*. Logiquement parlant, il constitue un principe du second ordre, dont les contours vagues tiennent pour partie au fait qu'il est encore en phase d'élaboration théorique, pour partie à une imprécision qu'il ne perdra jamais et qui présente au demeurant certains avantages pragmatiques.

Le paradoxe de la précaution, qui embarrasse tant de bons esprits, est qu'elle incite à modifier des causes dont on admet qu'elles ne sont peut-être pas les bonnes, pour empêcher des effets dont on ne sait pas décider s'ils seront néfastes ou non. Sans doute l'ignorance n'est-elle jamais totale, de sorte que les mesures conservatoires peuvent toujours se recommander de quelques raisons déterminées. Mais l'apport du principe ne réside pas dans l'utilisation rationnelle de l'information scientifique *lorsqu'elle est disponible*: il ne ferait alors que répéter ce qu'enseigne le sens commun. Suivant une logique de l'action que les économistes cherchent à modéliser sans y parvenir encore, c'est l'incertitude sur le savoir, plutôt que les quelques éléments de savoir déjà disponibles, qui justifieront en dernier lieu la sévérité des mesures proposées. Supposons, pour les besoins du raisonnement, que l'on interdise la circulation des poids lourds au centre du massif alpin et que l'on invoque la précaution pour fonder cette interdiction. Alors, la mesure se justifie par le fait *que l'on ne sait pas* si la pollution causée par les poids lourds ne risquerait pas d'entraîner certains effets désastreux sur l'écosystème du massif ou la santé de ses habitants, et non pas par le fait que, dans ce même ordre de considérations, on apprécie pleinement tel ou tel effet nuisible. Admettons que l'on ait constaté l'aggravation d'une maladie respiratoire parmi les habitants des vallées, tout en établissant de manière satisfaisante qu'elle provient des gaz d'échappements. On disposerait d'un second motif pour justifier l'interdiction; mais il ne ferait que renforcer *de l'extérieur* le premier, qui tient plus subtilement à l'incertitude où l'on est sur les effets et sur leur gravité.

Il n'est pas question de nier qu'un tel mode de raisonnement traduise une réticence profonde devant l'inconnu. Il ne peut donc être acceptable que si, d'une part, les enjeux de la décision sont considérables, et si, d'autre part, comme nous le rappelions, on s'impose de réévaluer les décisions d'après ce que l'on découvre au fur et à mesure. S'il est vrai que le savoir de

consacrée à la précaution dans le *Traité des nouveaux risques* d'O. Godard, C. Henry, P. Lagadec et E. Michel-Kerjean, Paris, Folio Actuel, 2002.

l'ignorance détermine la décision, son fondement peut varier avec le moindre quantum de savoir positif supplémentaire. Le principe de précaution ne comporte pas l'autorité définitive de la chose jugée. Il est typiquement adapté aux *moratoires*, éventuellement prolongés de décision en décision, chacune d'entre elles supposant de reprendre l'examen avec de nouveaux arguments. L'instabilité des normes à laquelle le principe risque de conduire a toute raison de préoccuper les juristes. Cependant, il vaut peut-être mieux assumer cette instabilité, en s'efforçant de la circonscrire procéduralement, que de provoquer une codification intégrale, ainsi que certains spécialistes l'ont envisagé.³

Toutes les définitions officielles du principe font référence à la nature des dommages éventuels: il ne s'applique que si certains d'entre eux sont à *la fois graves et irréversibles*. On remarquera la dissymétrie avec la prévention, qui peut très bien s'imposer relativement à des dommages prospectifs soit de faible ampleur, soit parfaitement réversibles. La faiblesse du savoir acquis et la fragilité des raisons positives, dans le cas de la précaution, expliquent qu'on veuille la réserver à quelques cas rigoureusement délimités; c'est à quoi devrait servir le critère précédent de la gravité conjointe à l'irréversibilité. Mais il est facile de montrer que ce critère ne peut pas fonctionner littéralement, parce que que la formule-clef de la précaution - le savoir inquiétant de notre ignorance - s'applique à ses deux conditions constitutives. Comment pourrait-on juger de la gravité d'un phénomène en l'absence de données convenables sur les chaînes causales ou sur leurs effets? Quant à l'irréversibilité, c'est une notion par elle-même fuyante: s'agit-il d'une irréversibilité physico-biologique (on ne peut revenir à l'état initial du système matériel considéré), économique (on ne peut pas compenser les effets précédents par un transfert financier), ou décisionnelle (la liberté des choix futurs se restreint si on laisse les choses aller)? L'irréversibilité au deuxième sens est encore ambiguë: veut-on dire que la compensation excède les moyens disponibles ou, plus profondément, qu'il n'existe pas d'étalon de commensurabilité? Il apparaît que l'irréversibilité ne peut être l'objet d'une simple constatation, puisque l'incertitude du savoir factuel retentit sur chacune des trois interprétations; de ce point de vue, elle est logée à la même enseigne que la notion plus simple de gravité. Nous concluons que les conditions *de déclenchement* du principe sont elles-mêmes sous-définies; pour apprécier les cas où il s'appliquerait, il faut déjà en faire l'application.⁴

³ Ce débat traverse le rapport de P. Kourilsky et G. Viney, *Le principe de précaution*, La Documentation française/Editions Odile Jacob, janvier 2000. Au demeurant, l'analyse juridique du principe progresse dans ses principaux domaines d'applications (ESB, OGM, sujets divers liés à l'environnement); voir en particulier les travaux récents de M.A. Hermitte et C. Noiville.

⁴ Certaines parties du rapport Kourilsky-Vinet donnent à penser que le principe de précaution obéirait à des conditions de déclenchement extérieurement définies; c'est ce que nous contestons ici.

Il est appa  t de plus en plus que le principe de précaution ne débouchera pas sur un mécanisme juridique simple aussi longtemps qu'on n'aura pas mieux compris ses ressorts intellectuels. On doit se contenter aujourd'hui d'une conception procédurale et casuistique de son fonctionnement, qui fait la part belle au bon sens du juge. Elle a suffi à démontrer son efficacité lors d'un précédent remarquable: par un arrêt de 1998, la Cour Européenne de Justice a donné raison à la France dans le contentieux provoqué par le bœuf anglais. L'incertitude qui plane sur la transmission de l'ESB, combinée à l'énormité des conséquences éventuelles, faisait de cette affaire compliquée le meilleur cas d'  cole qui fût pour une application du principe. Aucun autre moyen de la panoplie juridique n'aurait permis de s'opposer à la disposition fondamentale du Traité de l'Union qu'invoquaient les Britanniques - la libre circulation des biens d'un Etat membre à l'autre. Le principe a prouvé dans cette occasion qu'il était irremplaçable et qu'il pouvait de plus jouer son rôle, malgré le vague des énoncés qui le définissent, grâce aux décisions réfléchies des juges.⁵

La jurisprudence exploite le fait que le principe de précaution figure dans certains textes dotés d'une valeur juridique forte. Le droit européen donne ici le ton: on sait que le Traité de l'Union, révisé après Maastricht et Amsterdam, fait expressément état du principe dans le premier article qu'il consacre à l'environnement. Suivant l'opinion commune, l'arrêt de 1998 permet d'en étendre la compétence aux questions de santé publique généralement. En droit français, le préambule de la loi de 1995, dite Barnier, que le Code de l'Environnement va transposer, s'il ne l'a pas déjà fait, reprend les formules mêmes du Traité de l'Union, en s'efforçant d'assurer l'équilibre de principes multiples: la précaution y figure sur le même plan que l'action préventive, la correction des dommages par imputation prioritaire à la source, la règle "pollueur-payeur", ainsi qu'un principe nouveau, qu'il faudrait examiner plus longement, la participation démocratique à l'information et à la décision sur les risques. La définition retenue pose la *proportionnalité nécessaire* des mesures prises au risque tel qu'il est collectivement apprécié, ce qui est lourd de paradoxes, ainsi que le signalait récemment un adversaire du principe de précaution.⁶ La confusion des énoncés, lorsqu'ils deviennent trop précis, nous donne à conclure qu'il est prématuré de le faire figurer dans les textes de lois proprement dits. Sa nature même de principe, c'est-à-dire de *source* des normes plutôt que de

⁵ Le fait que les importations aient pu être rétablies par la suite sans qu'un nouveau contentieux éclate confirme la souplesse du traitement juridictionnel et celle du principe de précaution lui-même, lorsqu'il est bien compris.

⁶ J.P. Dupuy, dans un chapitre qu'il consacre au principe de précaution (*Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Lde Seuil, 2002). Pour autant, nous ne partageons pas sa vision sceptique du principe, qui le ramène à une collection d'antinomies.

norme immédiatement applicable, conduirait à le réserver aux déclarations, préambules et annexes des textes les plus contraignants. Si telle est sa place, encore faut-il qu'il l'occupe entièrement, ce qui ramène au point de départ de cet article.

Nous avons rappelé le statut du principe afin de faire ressortir l'occasion que le sommet de la terre a manquée. En ce qui concerne l'environnement et d'ailleurs la santé publique, les organisateurs auraient voulu tenir en lisière les considérations les plus susceptibles de peser *effectivement* sur le cours des choses, qu'ils ne s'y seraient pas pris autrement. Johannesburg a célébré les bienfaits du libre-échange et des micro-réalisations, combinés dans une efflorescence divertissante qui ne dissimulait pas les intérêts de pouvoir: des Américains plus hostiles que jamais à la constitution d'un droit international de l'environnement; un tiers monde qui recherche de nouveaux transferts tout en ne voulant rien céder de son indépendance; la Chine, l'Inde et de moindres Tigres, qui voudraient faire ignorer la menace, la plus effarante de toutes, que le modèle de développement qu'ils adoptent fera bientôt peser sur la planète. Il est piteux que l'Union européenne, pourtant représentée comme telle, n'ait pas su valoriser le bilan très significatif du droit de la précaution qui s'élabore grâce à elle. Au-delà de l'expérience particulière de Johannesburg, une inquiétude apparaît que les prochains sommets ne dissiperont probablement pas: l'objectif du développement durable, quand il est compris aussi largement, ne risque-t-il pas se retourner contre les objectifs qu'il désignait initialement? Plus que jamais s'impose l'inventaire du fourre-tout qu'il représente.