

« LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION »

RAPPORT AU PREMIER MINISTRE

présenté par

Philippe KOURILSKY,
professeur au Collège de France, membre de l'Institut de France

Geneviève VINEY,
professeur à l'Université Paris I

15 OCTOBRE 1999

Sommaire

Sommaire	2
Resumé	5
Avant-propos	8
Introduction	
Le contenu conceptuel du principe de précaution	10
A.- Du sens des mots	10
1. Risque, danger et aléa	10
2. Précaution et prévention.....	11
3. Précaution et prudence	11
4. Précaution et rigueur.....	13
5. Principe ou attitude de précaution	13
B.- Les significations sociales de la précaution.....	13
1. La précaution, réponse aux défaillances de la prévention	13
2. La précaution, expression d'un désir accru de participation	14
3. La précaution, réaction contre la dilution des responsabilités.....	15
4. La précaution, nouvelle perception de l'acceptabilité des risques.....	15
C.- Culture et précaution	16
1. Des situations très diverses	16
2. Les différences culturelles au plan international	18
Première partie	
Le principe de précaution en situation	20
I.- Le contenu pratique du principe de précaution	20
A.- Les objectifs du principe de précaution.....	20
B.- L'analyse des risques.....	21
C.- Le contenu de la décision	23
D.- Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires.....	24
E.- La transparence et les rapports avec le public.....	25
F.- Les situations de crise	26
G.- Les dix commandements de la précaution.....	27
H.- De nouveaux devoirs s'imposent aux acteurs sociaux	28
II.- La mise en œuvre pratique du principe de précaution	29
A.- L'expertise et l'évaluation des risques en vue de la prise de décision	29
1. L'expertise scientifique en situation d'incertitude	29
2. Accorder des moyens suffisants à l'expertise et à la recherche.....	30
3. Organiser systématiquement l'expertise en deux cercles	33

B.- Les conditions générales d'efficacité et de fiabilité des dispositifs de contrôle.....	34
1. Les normes	34
2. Les organisations.....	36
C.- Les dispositifs spécifiques pour la santé, l'alimentation et l'environnement.....	36
1. La santé	36
2. L'alimentation	37
3. L'environnement : nécessité de créer un Institut de Veille Environnementale (IVE).....	39
D.- Améliorer la transparence et aménager les rapports avec le public	40
1. La recherche	40
2. L'expertise.....	41
3. La production des biens matériels	42
4. L'Administration et le monde politique.....	43
5. Le système médiatique	43
6. La transparence vis-à-vis du public	44
7. L'association du public.....	45
III.- Le cas des organismes génétiquement modifiés (OGM)	46
A.- L'évolution du problème des OGM.....	46
B.- L'imbroglio actuel	47
C.- Le non-respect des dix commandements	48
1. Tout risque doit être défini, évalué et gradué	48
2. L'analyse des risques doit être comparative	48
3. Préalablement à la décision, toute analyse de risque doit comporter une analyse économique.....	48
4. Les structures d'évaluation des risques doivent être indépendantes	49
5. Les décisions doivent, autant qu'il est possible, être révisables et les solutions adoptées réversibles et proportionnées	49
6. Sortir de l'incertitude impose une obligation de recherche.....	49
7/8. Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être efficaces, cohérents et fiables	49
9. Les évaluations, les décisions et leur suivi, ainsi que les dispositifs qui y contribuent, doivent être transparents, ce qui impose l'étiquetage et la traçabilité.....	50
10. Le public doit être informé au mieux et son degré de participation ajusté par le pouvoir politique	50
D.- Sortir de l'imbroglio	51
1. Dégager un consensus sur les OGM et l'avenir.....	51
2. Les OGM de première génération ne présentent pas de risque particulier pour le consommateur, mais celui-ci doit être libre de ses choix.....	52
3. Les risques éventuels que présentent les OGM pour l'environnement doivent être analysés et évalués en comparaison avec les procédés classiques de production	52

Deuxième partie

Les aspects normatifs et judiciaires du principe de précaution..... 54

I.- La valeur et le contenu normatifs du principe de précaution.....	54
A.- La valeur normative du principe de précaution	54
1. Des textes nombreux, mais de portée incertaine.....	55
2. Des opinions doctrinales contrastées	56

3. La jurisprudence : l'opposition entre l'attitude des juridictions internationales et celle des juridictions communautaires et nationales	57
B.- Le contenu normatif du principe de précaution	63
1. La nécessité de préciser le contenu normatif du principe de précaution	63
2. La méthode à suivre afin de préciser le contenu normatif du principe de précaution.....	64
3. Les éléments de la définition.....	64
II.- Les conséquences judiciaires du principe de précaution	68
A.- Le principe de précaution et le contentieux de la légalité	68
1. Le rôle joué par le principe de précaution dans le contentieux de la légalité devant les juridictions françaises et communautaires	69
2. Le rôle joué par le principe de précaution devant l'organe d'appel permanent de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)	71
B.- Le principe de précaution et le contentieux de la responsabilité	75
1. La responsabilité des décideurs.....	76
2. Les responsabilités de ceux qui influencent les décideurs.....	91
Troisième partie	
Conclusion et recommandations	94
Conclusion.....	94
Recommandations	95
Préambule.....	95
1. Définitions	95
2. Sur l'expertise nationale	96
3. Sur la recherche et l'enseignement	97
4. Sur la décision politique et administrative.....	98
5. Les dispositifs sécuritaires.....	98
6. Sur la transparence	98
7. Sur les médias.....	99
8. Sur les OGM.....	99
9. Sur l'attitude à adopter dans les relations européennes et internationales.....	100
10. Sur les responsabilités	101
Annexes	103

Resumé

L'impact considérable du principe de précaution sur l'opinion a plusieurs origines. Issu du souci de gérer des problèmes d'environnement à l'échelle planétaire, associé au concept de développement durable, il traduit aussi la réaction provoquée par les carences de la prévention constatées lors de plusieurs crises sanitaires récentes, ainsi que l'aspiration du public à être mieux associé à la gestion du développement technologique. Le principe de précaution tend à s'imposer en Europe, dans les domaines de l'environnement, de l'alimentation et de la santé. Il est compatible avec la pratique du contrôle *a priori* qui prévaut dans l'espace européen où la responsabilité de la régulation n'est pas principalement confiée, contrairement aux États-Unis, aux lois du marché et aux juges.

La précaution vise à limiter les risques encore hypothétiques, ou potentiels, tandis que la prévention s'attache à contrôler les risques avérés. Précaution et prévention sont deux facettes de la prudence qui s'impose dans toutes les situations susceptibles de créer des dommages. La précaution se distingue de la prévention du fait qu'elle opère en univers incertain, ce qui exige des modalités d'action particulières : il faut évaluer la réalité des risques, dégager les solutions qui peuvent les réduire, comparer les scénarios, décider d'une action, engager les recherches qui peuvent dissiper l'incertitude, suivre la situation, adapter les mesures et réviser les décisions autant qu'il est nécessaire. Même si, dans certains cas, il peut conduire au moratoire, le principe de précaution est tout le contraire d'une règle d'inaction ou d'abstention systématique. L'incertitude requiert, à l'inverse, que soient mobilisées des connaissances et des compétences variées, et que les décisions et leur suivi soient inscrits dans des cadres rigoureux. L'exercice de la précaution doit se traduire par le respect d'un jeu de procédures. Au dicton « *Dans le doute, abstiens-toi* », le principe de précaution substitue l'impératif : « *Dans le doute, mets tout en œuvre pour agir au mieux* ».

On ne doit pas attendre du principe de précaution qu'il aboutisse à l'éradication totale des risques. La plupart des situations comportent une marge incompressible de risques et l'application, même optimale, du principe de précaution laissera, le plus souvent, subsister un risque résiduel qui sera jugé acceptable en raison de bénéfices attendus. Les analyses comparées risques/bénéfices et coûts/avantages des différents scénarios (y compris celui de faire ou de ne pas faire) sont donc essentielles. Elles doivent incorporer, au-delà des indispensables évaluations économiques, des considérations d'ordre social. Les solutions préconisées doivent être proportionnées aux risques et aux bénéfices, et les décisions fondées sur des expertises rigoureuses. Le pouvoir politique, garant de la sécurité et du bien-être des citoyens, est en général concerné au premier chef. Il arrive que la perception du risque par l'opinion soit décalée par rapport à sa véritable ampleur. Les politiques doivent alors s'attacher à gérer le risque et non sa perception, ce qui pourrait conduire à des mesures d'un coût social disproportionné.

L'application du principe de précaution requiert des dispositifs à la fois fiables et transparents. La démarche d'assurance qualité contribue à la lisibilité des structures et des procédures ainsi qu'à la définition des responsabilités opérationnelles des acteurs et se prête à l'introduction d'une traçabilité systématique. La transparence réclamée par l'opinion publique implique aussi la mise à disposition d'informations pertinentes. Ainsi, la revendication d'étiquetage des produits n'est pas seulement légitime. Elle permet un partage équilibré des responsabilités entre des citoyens informés et l'État qui, sinon, se trouve toujours centralisé et chargé de toutes les responsabilités -et donc de tous les maux.

L'exercice de la précaution impose donc de nouveaux devoirs à un grand nombre d'acteurs sociaux et signe, de ce fait, une certaine évolution sociale. Les scientifiques auront à s'investir plus avant dans l'expertise et le dialogue public ; les producteurs de biens et de service des secteurs privé et public devront perfectionner leurs procédures, améliorer la fiabilité, la traçabilité et l'étiquetage des produits ; les administrations auront, plus qu'avant, à faire preuve d'efficacité mais aussi de souplesse, en raison de la révisabilité inhérente aux situations de précaution ; les journalistes se devront d'être particulièrement rigoureux dans l'exactitude de l'information, dans des domaines où l'incertitude ouvre la voie aux spéculations et aux fantasmes ; les politiques auront à ajuster leur comportement et à régler celui des administrations qu'ils contrôlent.

Si ces nouveaux devoirs sont reconnus, les manquements devront être sanctionnés. Quel est donc le statut juridique du principe de précaution ? À ce jour, aucun texte n'impose son application directe. Même en matière d'environnement, où il est prévu explicitement par l'article L.200-1 du code rural, ce texte ne lui reconnaît qu'une portée indirecte en précisant qu'il doit inspirer l'action du législateur. La doctrine tend cependant à

l'assimiler à un standard de jugement à valeur normative. Le juge administratif commence à en faire usage, non seulement dans le domaine de l'environnement, mais aussi, et sans se fonder sur un texte spécifique, dans celui de la santé publique. Cette tendance est accentuée par l'évolution du droit européen qui est en voie de lui reconnaître le statut d'une règle de droit applicable en l'absence de réglementations particulières.

Les litiges à l'occasion desquels le principe de précaution a été jusqu'à présent invoqué sont assez peu nombreux. Ils portent sur la validité des actes administratifs. En revanche, la responsabilité des décideurs n'a été que rarement recherchée sur le fondement de la précaution. Dans le cadre du contentieux de la légalité, le juge exerce un contrôle restreint sur le bien-fondé de la décision qui laisse à l'Administration une marge d'appréciation, et un contrôle rigoureux sur le respect des procédures, une irrégularité, même légère, paraissant suffisante pour constituer un motif sérieux d'annulation. Ces tendances jurisprudentielles répondent parfaitement à l'esprit du principe de précaution, tel qu'il est ici défini, à savoir qu'il importe avant tout d'aménager des procédures permettant un examen aussi complet que possible du risque afin d'amener l'incertitude au niveau minimal. Toutefois, il n'est pas certain que le contrôle de la légalité interne des actes reste, dans le futur, limité au cas de l'erreur manifeste et n'aboutisse pas, à terme, à un contrôle plus sévère.

Le principe de précaution exercera sans doute une certaine influence sur la responsabilité, mais celle-ci doit être relativisée. La multiplication, sur son fondement, des poursuites pénales, est peu vraisemblable en raison du rempart constitué par le principe de légalité. Le manquement à la précaution ne pourrait être sanctionné que s'il entrait dans la définition d'une infraction prévue par le code pénal ou par une loi spéciale et il y a peu de chances qu'une telle incrimination soit introduite dans la législation. Il existe certes des incriminations vagues dans lesquelles le principe de précaution pourrait s'insinuer ; c'est le cas principalement de l'homicide, des blessures involontaires et de la mise en danger d'autrui. Toutefois, elles ne donnent qu'une assez faible prise à une répression pénale des décideurs pour manquement à une attitude de précaution. En effet, le juge doit interpréter ces incriminations de façon étroite et la loi impose de prouver un dommage et un lien de causalité entre le comportement reproché et ce dommage, ce qui constitue une barrière efficace contre une condamnation fondée sur un danger purement hypothétique. Ce rempart n'existe pas pour la mise en danger d'autrui, mais cette incrimination a été affectée d'une série de conditions qui en limitent considérablement la portée, notamment celle d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence.

Il est surtout à craindre que la tendance à la pénalisation alimente chez les décideurs une peur du procès pénal qui les amènerait à faire un usage excessif du principe de précaution pour fuir leurs responsabilités. Cet effet pervers devrait inviter le législateur à relayer le mouvement de dépénalisation soutenu par la doctrine et à définir plus strictement l'imprudence pénale, ce qui supposerait l'abandon du principe d'identité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile afin de ne pas limiter outre mesure les possibilités de réparation des victimes.

Le principe de précaution pourrait intervenir à divers titres dans le contentieux civil et administratif, la fonction réparatrice de la responsabilité cédant alors devant celle de prévention des dommages. La crainte qu'il provoque un recul des cas de responsabilité sans faute ne paraît pas crédible. La théorie de la responsabilité pour risque a, en réalité, intégré tous les apports potentiels du principe de précaution, bien avant qu'il soit explicitement formulé et, notamment, l'allègement de la charge de la preuve au profit des personnes exposées au risque et l'impossibilité pour l'auteur de la décision de se prévaloir de l'incertitude scientifique comme d'une cause de justification pour les dommages provoqués par sa décision.

En revanche, le principe de précaution peut aboutir à la mise en place d'une responsabilité fondée sur une faute de précaution élargie. Le contrôle des activités à risques conduira à apprécier la faute sous son double aspect d'excès ou de défaut de précaution. Dans le premier cas, il est vraisemblable qu'une faute lourde sera exigée tandis qu'une faute simple pourrait suffire dans le second. Le principe de précaution pourrait, enfin, provoquer un accroissement des cas de responsabilité de l'Administration pour rupture de l'égalité devant les charges publiques dès lors que des mesures de précaution, même lorsqu'elles sont justifiées, peuvent porter des atteintes graves aux intérêts des entreprises.

Quant aux responsabilités de ceux qui influencent les décideurs, elles devraient s'en trouver peu modifiées sur le plan strictement juridique, même si la mise en œuvre du principe de précaution invitera sans doute à responsabiliser davantage tant les journalistes en charge de dispenser l'information, et soumis à cet égard à des règles déontologiques, que les scientifiques et les experts dont les devoirs d'alerte et d'objectivité devront être rappelés, voire sanctionnés de manière disciplinaire.

Les juridictions internationales sont loin d'être unanimes à reconnaître au principe de précaution le statut d'une règle de droit directement applicable en l'absence de réglementations particulières. Les règles qui gouvernent les échanges internationaux ont été élaborées pour commercer, non pour garantir la sécurité et le bien-être des consommateurs et des citoyens. Il est important que ces notions pénètrent plus avant des textes de portée internationalement reconnue.

Comment mettre en œuvre le principe de précaution, de façon qu'il soit un instrument positif de l'évolution sociale ? Ce rapport contient de nombreuses recommandations dont les principales sont les suivantes.

Résolument procédural, l'exercice de la précaution doit obéir à un certain nombre de règles pratiques qui, au premier chef, doivent encadrer l'évaluation des risques. Nous préconisons un renforcement considérable de l'expertise, soutenu par un effort significatif de la communauté scientifique, afin de contrer une certaine faiblesse de la culture de santé publique et environnementale qui est patente en France. Cette carence est en voie d'être corrigée grâce à la création récente de plusieurs agences sanitaires et de la future agence pour l'environnement. L'addition d'une agence d'expertise scientifique et technique (AEST), ici proposée, devrait compléter ce dispositif. Nous insistons sur la nécessité d'effectuer des analyses économiques sur l'impact des mesures de précaution et recommandons que l'expertise soit systématiquement organisée en deux cercles chevauchants, le premier dévolu aux questions scientifiques et techniques, et le deuxième aux aspects économiques et sociaux, et donc ouvert aux questions posées par les citoyens. Cette expertise, datée, doit pouvoir être mise à la disposition des juges et constituer un repère historique permettant d'apprécier ultérieurement d'éventuels manquements à la précaution.

Nous pensons que les démarches d'assurance qualité devraient être généralisées dans les secteurs productifs et les administrations ayant à connaître de la précaution et de la prévention. Nous insistons sur la nécessité d'une meilleure information du public, que devrait faciliter la création de l'AEST, et celle, que nous préconisons, d'une agence de presse scientifique, et d'une transparence accrue reflétée notamment dans la traçabilité et l'étiquetage des produits. Nous proposons un certain nombre de mesures en ce sens. Nous suggérons, concernant le dossier emblématique des OGM (organismes génétiquement modifiés) de reprendre le débat selon les modalités ici définies, en sériant les questions de façon à graduer les problèmes et isoler ceux qui méritent d'être traités de façon approfondie.

En matière de droit, il reviendra au législateur de décider s'il convient de laisser aux tribunaux le soin de délimiter au cas par cas le contenu du principe de précaution, ou s'il faut la définir plus précisément y compris dans le domaine de la santé, et l'inscrire dans le droit positif. Nous estimons préférable de dissiper au plus tôt le flou qui, aujourd'hui, entoure son énoncé. C'est en ce sens qu'à titre indicatif, nous en proposons une définition. Nous recommandons aussi de clarifier le statut de la faute pénale et de la distinguer clairement de la faute civile définie par les articles 1382 et 1383 du code civil. Nous proposons en outre de corriger ou d'élaborer plusieurs textes réglementaires sur les obligations d'information et de suivi et sur d'éventuelles procédures de négociation entre l'Administration et les entreprises afin de faciliter la commercialisation de certains produits utiles pour l'intérêt général.

Au plan international, nous préconisons d'introduire, dans les textes qui régissent le fonctionnement de l'Organisation Mondiale du Commerce, un dispositif définissant la place que les Membres reconnaissent à la protection de la santé, de la sécurité humaine et de l'environnement, dans les échanges commerciaux entre États. Nous recommandons d'aller dans le sens d'une révision de certaines procédures de normalisation internationales, notamment de celles du *codex alimentarius*. Nous pensons qu'il faut tenter de corriger les carences de l'expertise internationale. La création d'un organisme d'expertise internationale nous paraîtrait utile, pour autant que le statut des experts internationaux soit préalablement défini. Enfin, nous préconisons l'organisation d'un système d'alerte et de gestion de crise internationales.

Si ces recommandations, et d'autres qui figurent dans le rapport, étaient suivies, serait-on assuré que l'application du principe de précaution constituerait un progrès notable ? Les craintes exprimées par les détracteurs du principe de précaution s'avèreront-elles infondées ? Tout dépend, selon nous, de la façon dont il sera mis en œuvre. S'il se traduit, par exemple, par la simple addition de strates aux systèmes existants sans que l'on refonde et apure l'ensemble pour en accroître l'efficacité ; ou s'il dérive vers une criminalisation excessive des décideurs, il produira, dans les faits, le contraire de ce qui est espéré, et induira des coûts sociaux et financiers importants par rapport à des bénéfices faibles ou négatifs.

C'est pourquoi nous concluons que le législateur, l'autorité réglementaire et le juge peuvent faire du principe de précaution, le meilleur ou le pire des usages. Le meilleur, s'ils adoptent des mesures qui améliorent véritablement la sécurité des citoyens, tout en évitant l'abstention systématique devant les risques ; le pire s'ils en font un carcan dépourvu de souplesse, et un frein à l'innovation et au progrès.

Avant-propos

Le principe de précaution est apparu au cours des années 1980, à l'occasion de débats relatifs aux problèmes internationaux d'environnement, avant de recevoir une consécration publique en 1992, à l'occasion de la Conférence de Rio. La France est le premier pays à l'avoir inscrit dans son droit interne. La loi du 2 Février 1995, dite loi Barnier, en fournit une définition, insérée à l'article L.200-1 du code rural qui dispose que « *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* ».

Toutefois, le contenu de cet énoncé n'est pas exclusivement applicable aux questions d'environnement. Le principe de précaution d'ailleurs est de plus en plus souvent invoqué à l'occasion de problèmes relatifs à l'alimentation et à la santé. Son émergence traduit un changement, sans doute considérablement accéléré par les affaires du sang contaminé et de la vache folle, dans la perception sociale des risques. Bien que les revendications qui se réclament de la précaution ne soient pas toujours exemptes d'incohérences, il s'agit d'un **phénomène social majeur** qui met en cause de nombreux aspects du fonctionnement des démocraties.

Le principe de précaution a connu un succès d'opinion si notable que son usage en est devenu parfois incantatoire. Il est considéré par certains comme une avancée majeure du droit qui, non seulement est susceptible d'améliorer la sécurité, mais peut encore constituer un pilier du développement économique durable et servir de rempart contre les débordements de la technique et du productivisme. À l'inverse, il est également dénoncé comme étant de nature à pervertir l'imputation de certaines responsabilités, à pénaliser les entreprises dont la compétitivité se trouverait compromise par des excès de réglementation, à faire obstacle à l'innovation et, dans les échanges internationaux, à masquer des intérêts protectionnistes.

Ces interprétations contrariées du principe de précaution invitent à en préciser les contours pour lever les équivoques suscitées par son utilisation. Une première conviction peut servir de guide : le principe de précaution ne doit pas être interprété comme une recommandation systématique d'abstention. À l'inverse, et même s'il n'est pas toujours perçu de cette manière par le public, il doit être entendu comme une incitation à l'action. Au diction, « *dans le doute abstiens-toi* », le principe de précaution substitue l'impératif : « *dans le doute, mets tout en œuvre pour agir au mieux* ». Cette attitude positive, **d'action plutôt que d'inaction, de gestion active du risque plutôt que de démission devant le risque**, correspond à l'objectif unanimement partagé de réduction des risques pour l'homme et l'environnement sans que celle-ci passe obligatoirement par une accumulation de moratoires et un gel des innovations.

Le principe de précaution ne peut consister à renoncer aux bénéfices attendus du développement technologique. Il implique toutefois que des mesures proportionnées soient prises pour prévenir les risques possiblement induits par ce développement, et que le risque résiduel soit considéré comme acceptable au regard des avantages escomptés. La précaution ne saurait, en effet, sauf à se méprendre sur le sens du principe, être assimilée à une exigence irréaliste du risque zéro. Elle commande d'évaluer la gravité des risques et leur probabilité de se réaliser, et impose une **vigilance toute particulière**, non seulement pour préparer la décision (d'agir ou de ne pas agir) mais aussi pour en suivre les conséquences. Il faut donc être en mesure de surveiller l'évolution de la situation et de circonscrire, gérer et atténuer tout risque qui pourrait apparaître.

L'adoption d'une telle attitude a pour corollaire le choix d'une démarche résolument opérationnelle. **Donner un contenu au principe de précaution est impossible si les principes d'action et les procédures qui doivent opérer en situation de risque ne sont pas précisément formalisés.** Encadré par des concepts explicites, par des règles pratiques de procédure, et entendu comme standard juridique, **le principe de précaution doit constituer un apport bénéfique et important** à l'arsenal des instruments qui permettent de mieux gérer le développement technologique en minimisant les risques qui lui sont associés.

Après une introduction qui vise à cerner le contenu conceptuel du principe de précaution (ch. I), ce rapport contient deux parties principales. La première traite du contenu pratique (ch. II) et de la mise en œuvre (ch. III) du principe de précaution ; elle contient aussi un court développement sur les organismes génétiquement modifiés (ch. IV). La seconde partie est consacrée aux aspects normatifs (ch. V) et judiciaires (ch. VI) du principe de précaution. Tant dans la forme que dans le contenu, ces deux parties portent la marque de leurs auteurs respectifs mais sont néanmoins consensuelles. Nous n'avons pas cherché à les intégrer dans un discours unique parce qu'il nous a paru utile de conserver le caractère dual de l'analyse qui correspond à deux

problématiques distinctes mais convergentes. Elles aboutissent, dans une dernière partie (ch. VII), à des recommandations. Certaines d'entre elles concernent les rouages de l'État et du commerce international, et visent surtout à stimuler la réflexion et l'action pour le plus long terme. D'autres peuvent être mises en œuvre dans le court terme. La plupart sont ambitieuses. Elles supposent que soient pris au sérieux les signaux forts envoyés de façon récurrente par l'opinion publique et qu'ils soient traduits dans des actes politiques et réglementaires entrepris avec détermination¹.

1. Pour élaborer ce rapport, nous avons entendu ou consulté les personnalités dont la liste figure *in fine*. Nous avons aussi analysé la documentation fournie dans la bibliographie et qui a servi notamment à préparer l'étude historique portée dans l'annexe 1. Des documents ont aussi été préparés ou transmis par les ambassades de France au Canada, en Chine, aux États-Unis, au Japon, aux Pays-Bas, et au Royaume-Uni, ainsi que par l'ambassade des États-Unis en France. Nous avons enfin sollicité plusieurs contributions sur les sujets suivants : le maïs transgénique par C. Noiville et P.-H. Gouyon (annexe 2) ; la vache folle par M.-A. Hermitte et D. Dormont (annexe 3) ; certains aspects du sang contaminé, par M. Setbon (annexe 4). Ces contributions contiennent des prises de position qui n'engagent que leurs auteurs. Certaines de leurs propositions ont été retenues dans notre rapport, d'autres non, et quelques unes sont implicitement ou explicitement contredites. Nous remercions Madame M. Rémond-Gouilloud et Monsieur G. Martin pour des discussions constructives.

La conception et l'élaboration de ce rapport ont grandement bénéficié des apports de Madame C. Le Bihan-Graf, auditeur au Conseil d'État, et des recherches effectuées par Mesdemoiselles M. Boutonnet et A. Guégan. Nous remercions tous ceux qui nous ont aidé dans ce travail et tout particulièrement Madame V. Caput qui en a assuré toute la logistique. Au moment où ce rapport a été rédigé, Philippe Kourilsky, directeur d'une unité de recherche à l'Institut Pasteur, était aussi membre du conseil scientifique du groupe Rhône-Poulenc et consultant de la société Pasteur-Mérieux-Connaught. Geneviève Viney n'avait aucune affiliation privée.

Introduction

Le contenu conceptuel du principe de précaution

Le principe de précaution est apparu sous une forme explicite dans un texte fondateur, adopté en 1987 lors de la deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord : « *Une approche de précaution s'impose afin de protéger la mer du Nord des effets dommageables éventuels des substances les plus dangereuses. Elle peut requérir l'adoption de mesures de contrôle des émissions de ces substances avant même qu'un lien de cause à effet soit formellement établi au plan scientifique* ».

Utilisé en droit international, le principe de précaution était nécessairement flou et éloigné des problèmes de responsabilité individuelle. Depuis une dizaine d'années, un double glissement tend à s'opérer². D'une part, le principe de précaution commence à pénétrer le droit interne et, d'autre part, il se diffuse dans d'autres domaines que celui de l'environnement, comme en témoigne son invocation lors du traitement judiciaire de l'affaire du sang contaminé.

Toutefois, en France, hormis la loi Barnier, et même si les autorités de justice y font de plus en plus souvent allusion, fort peu de textes ont une valeur juridique réelle. Il n'est donc pas surprenant que les énoncés du principe de précaution varient³. À cet égard, des précisions sur son contenu apparaissent nécessaires (A), de même qu'il est utile de chercher à comprendre sa signification sociale (B) et d'appréhender les contextes culturels qui favorisent ou s'opposent à son émergence (C).

A.- Du sens des mots

Puisque le principe de précaution n'est ni compris ni interprété de façon univoque, il est utile, avant d'analyser plus avant ses fondements et son contenu, de revenir au sens premier de quelques mots.

1. Risque, danger et aléa

a) Le risque doit être distingué du danger. Le danger est ce qui « *menace ou compromet la sûreté, l'existence, d'une personne ou d'une chose* ». Le risque est un « *danger éventuel plus ou moins prévisible* » (Robert). Un risque n'est pas un aléa. Un aléa est un événement imprévisible qui n'est pas connoté par un jugement de valeur. L'éventualité qu'un gène soit transféré d'une plante transgénique à une voisine non transgénique est un aléa et non un risque tant que n'ont pas été énoncés les dangers, réels ou hypothétiques, auxquels il est fait référence.

b) Un risque peut être **potentiel** (hypothétique) ou **avéré**. Cette distinction s'inscrit dans la démarche qui cherche à anticiper les risques. En situation d'incertitude, la première étape d'une analyse rationnelle consiste à formuler des hypothèses de risque. Cette exploration intellectuelle du champ des possibles peut conduire à un grand nombre de scénarios. Un travail d'analyse conduira ensuite à retenir ceux qui sont jugés **plausibles** et à négliger les autres.

2. Une chronologie détaillée, assortie des différents énoncés, figure dans l'annexe 1.

3. Une abondante littérature s'est développée sur les contours, les tenants et les aboutissants de ce principe. Les titres les plus significatifs sont consignés dans la bibliographie. Les analyses faites, entre autres, par O. Godard (« De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, Février/Mars 1999, pp. 37-60) ou M. Rémond-Gouilloud (« La précaution, art de la décision un univers incertain » dans « Risques et société », Paris, Nucleon, (1999) pp. 301-306), fournissent l'essentiel d'une position assez communément acceptée.

Cette démarche n'est pas complètement rationalisable. Elle mobilise des connaissances disponibles, mais aussi l'intuition ; elle met en jeu des réactions immédiates, des convictions qu'il est généralement utile d'affiner et de valider par la discussion et la confrontation de points de vue divers. Les scénarios retenus sont autant de **risques potentiels** qu'il convient d'analyser plus avant et contre lesquels il devra être décidé de se prémunir ou non.

La notion de risque potentiel est elle-même d'un maniement délicat. Pour qui retient surtout l'idée de danger contenue dans le terme de risque, le risque potentiel devient un « risque de risque ». L'interprétation la plus pessimiste, procédant de la conviction selon laquelle le pire finit toujours par arriver, comprend le risque potentiel comme un risque avéré immature, en attente de réalisation. Cette assertion est erronée. Certes, les risques ont une histoire, et beaucoup de risques avérés ont commencé par être potentiels, mais de nombreux risques potentiels n'ont jamais été avérés. Les exemples abondent. Dans les débuts du chemin de fer, on a pu craindre, non sans arguments, que la traversée des tunnels serait nocive pour la santé. Il y a une centaine d'années, une longue controverse a agité les Parisiens sur les risques que pouvait comporter l'installation d'un réseau d'égouts souterrains dont certains redoutaient qu'il ne dissémine les germes, alors que Londres et Stockholm en disposaient déjà depuis des années.

c) Enfin, **il n'existe pas de risque avéré nul mais un risque potentiel peut être nul**. On peut diminuer le risque d'un accident d'avion ou d'automobile, mais on ne peut atteindre le risque zéro. S'agissant des risques potentiels, le risque est créé par l'hypothèse, et ne peut, théoriquement, être nul, sauf si l'opération intellectuelle qui l'a déclaré plausible l'annule en décidant que l'hypothèse doit être négligée. On a pu croire, avec Arago, que la vitesse serait intrinsèquement dangereuse pour l'organisme au-delà d'une vingtaine de km/h, mais le risque est aujourd'hui tenu pour nul.

2. Précaution et prévention

La distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution et prévention⁴. **La précaution est relative à des risques potentiels et la prévention à des risques avérés**. On confond fréquemment précaution et prévention. On pense souvent que les risques potentiels sont peu probables et on les assimile inconsciemment à des risques avérés dont la probabilité est d'autant plus faible qu'ils sont bien maîtrisés. Ceci est doublement inexact. D'abord, les probabilités ne sont pas de même nature (dans le cas de la précaution, il s'agit de la probabilité que l'hypothèse soit exacte ; dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s'agit de la probabilité de l'accident). En outre, et surtout, les risques potentiels, en dépit de leur caractère hypothétique, peuvent avoir une probabilité de réalisation élevée. Dans la pratique, néanmoins, la précaution peut être comprise comme le prolongement des méthodes de prévention appliquées aux risques incertains.

Ajoutons que la précaution n'est ni l'inaction, ni une délibération sans fin. C'est un mode d'action d'un type particulier, requis par le contexte d'incertitude dans lequel la décision doit être prise. Le principe de précaution exige de la vigilance et la mise en œuvre de mesures proportionnées à la gravité du risque, bien que celui-ci ne soit que potentiel. Il impose la souplesse, puisque l'incertitude peut être dissipée avec l'évolution des connaissances, de sorte que les mesures prises seront généralement **révisables** et pourront être alourdies ou allégées, avec l'appréciation du risque, voire annulées si ce dernier est finalement jugé insignifiant.

3. Précaution et prudence

Comme toute action humaine, **la précaution présente des risques**

a) Le premier est de se tromper dans la définition ou l'évaluation des risques potentiels. Ceux-ci sont parfois impossibles à quantifier (risques non probabilisables) parce que les observations sont lacunaires ou que les instruments de mesure atteignent leur limite pratique ou théorique. Ainsi, il y a forcément des coïncidences entre une vaccination pratiquée dans l'ensemble d'une population et l'apparition de telle ou telle pathologie. Si la

4. C'est bien à cette différence que renvoie l'énoncé de la loi Barnier (« *L'absence de certitude ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées pour prévenir des dommages graves et irréversibles* »...) et c'est cette acception qui est utilisée pour qualifier la prévention nucléaire *versus* la précaution concernant les OGM, parce que les risques des installations nucléaires sont avérés alors que, pour l'heure, ceux qui sont associés aux OGM ne le sont pas.

fréquence des coïncidences est trop faible, la corrélation, comme l'absence de corrélation, seront impossibles à établir par les voies statistiques⁵.

b) Des erreurs peuvent être commises lors de la mise en place des mesures de précaution dont toutes les conséquences n'auront pas été pesées à l'avance⁶. Des mesures radicales d'interdiction peuvent fermer le champ expérimental et éliminer la possibilité de prouver ou d'infirmer l'hypothèse qui a provoqué la décision ; des innovations se trouvent alors définitivement écartées⁷. La précaution peut aussi, en cas d'application abusive ou inappropriée, faire échec à la prévention. C'est sous cet angle qu'est évoquée, plus bas, la suspension en 1998, en France, de la recommandation de vaccination contre l'hépatite B en milieu scolaire. Enfin, nul ne saurait ignorer que la précaution a un coût et que ce dernier se trouve, en général, largement reporté sur la collectivité. Les mesures de précaution peuvent porter préjudice à des individus non générateurs du risque potentiel qui sont alors fondés à réclamer réparation, tandis que ceux qui le génèrent peuvent contester la décision en justice⁸.

c) De façon générale, on doit observer aussi que l'invocation du principe de précaution constitue l'un des modes de théâtralisation des risques ; elle se prête à une mise en scène qui permet aux différents acteurs sociaux d'évoluer dans un champ stratégique élargi par l'incertitude.

d) Au total, il n'est pas abusif d'affirmer que le principe de précaution doit gouverner la mise en œuvre de la prévention. Cette apparente tautologie traduit le fait que, tout comme la prévention, la précaution est fille de la **prudence**, qui s'impose aux acteurs publics et privés, dès lors que leurs décisions présentent des risques potentiels ou avérés. La prudence implique de réfléchir à la portée et aux conséquences de ses actes et de prendre ses dispositions pour éviter de causer des dommages à autrui. Inscrit dans le cadre de la prudence, le principe de précaution consacre l'exigence sociale d'un renforcement de la prévention et d'une application inédite des instruments de la prévention à des risques potentiellement graves et irréversibles, mais dont les probabilités de réalisation sont faibles et mal connues.

e) Les convergences entre précaution, prévention et prudence pourraient justifier que l'on remplace le principe de précaution par un **principe de prudence** qui engloberait précaution et prévention. Cette option n'était pas conforme au mandat qui nous était assigné. Il pourrait être utile de la garder en mémoire, en cas de malentendu persistant sur le sens donné au principe de précaution, par exemple si une fraction trop importante de l'opinion continuait à comprendre le principe de précaution comme une règle systématique d'abstention, ou encore si cette substitution permettait d'éviter des blocages et de promouvoir une meilleure entente dans les discussions internationales.

5. On ne saurait trop insister sur l'importance et les limites de l'outil statistique qui doit être manié avec d'autant plus de rigueur que les occurrences sont fiables et les situations complexes. On se souvient de l'émoi provoqué par une étude statistique incomplète des leucémies autour de La Hague qui suggérait un accroissement lié à la consommation des fruits de mer et aux baignades (D. Pobel, J.F. Viel - British Medical Journal (1997) 71, 1-5). Celui-ci s'avère non différent de celui trouvé dans l'autre moitié du département. L'annonce initiale suscita plus de 500 interventions médiatiques (presse, radio et télévision). Sa correction passa inaperçue. De façon plus générale, il faut souligner que l'outil statistique donne, bien évidemment, des résultats de plus en plus aléatoires à mesure que l'on s'intéresse à des phénomènes de plus en plus rares. Il y a là une véritable limite théorique qui ne peut être reculée que par l'augmentation de la taille de l'échantillon analysé. Mais cette augmentation de taille, à son tour, élargit les incertitudes d'interprétation en raison de la nécessaire prise en compte de facteurs supplémentaires (géographiques par exemple).

6. Ce qui n'est pas toujours facile. La démarche qui aboutit, en 1987, au protocole de Montréal sur la protection de la couche d'ozone était exemplaire puisqu'elle a débouché sur une action planétaire. Peut-être aurait-on dû être plus prudent dans certains aspects de sa mise en œuvre. Les pays riches firent l'effort de payer pour les plus pauvres mais, pour les réfrigérateurs, les gaz de substitution s'avérèrent moins efficaces et les processus de destruction des anciens appareils, de repérage des pièces détachées, etc... créèrent une certaine confusion. Dans des conditions de températures extrêmes, il arriva que la chaîne du froid soit rompue (avec des conséquences sur la vaccination par exemple). La Côte d'Ivoire a dépensé 1 milliard de Francs CFA pour régler ce problème.

7. Cet argument est l'un de ceux qui prévalut lors de la Conférence d'Asilomar en 1975. On se préoccupait des risques potentiels associés à des bactéries porteuses de gènes étrangers introduits par les techniques alors toutes neuves de génie génétique. Il fut résolu de lever le moratoire demandé en 1974 et d'expérimenter dans des conditions contrôlées, jusqu'à ce que, quelques années plus tard, on se convainquit de l'innocuité générale de la plupart de ces manipulations.

8. L'insecticide « Gaucho », soupçonné de porter atteinte aux abeilles à la suite d'observations dont l'interprétation est controversée, a vu son emploi limité. La société Bayer qui le fabrique, a déposé un recours devant le Conseil d'État.

4. Précaution et rigueur

En l'absence de certitude, la précaution consiste à privilégier la rigueur procédurale. Lorsque la « vérité » d'une situation et la « réalité » d'un risque ne peuvent être établies, c'est **la rigueur des procédures et des acteurs impliqués dans leur élaboration, leur exécution et leur surveillance, qui devient la valeur dominante**. L'absence de certitude n'empêche pas d'analyser et de gérer rigoureusement une situation. Le contrôle d'un risque a atteint ses limites lorsque les meilleures procédures possibles, à tout instant donné, ont été adoptées et suivies. Au-delà, l'événement adverse doit être considéré comme inévitable et la responsabilité pour faute des intervenants ne doit pas être mise en cause. Il est donc essentiel qu'à tout instant les décisions et les procédures soient explicites et définies -ce qui permet aussi d'éviter qu'elles soient indéfiniment remises en question.

Ainsi, la précaution n'est pas l'application mécanique d'une règle, puisque les intervenants disposent d'un pouvoir d'appréciation important. Elle apparaît plutôt comme une habileté technique en raison de la rigueur qu'elle impose à tous les stades de la décision (préparation, appréciation et suivi de la décision).

5. Principe ou attitude de précaution

Le terme de principe ne doit pas être source de malentendu. L'expression « principe de précaution » pourrait évoquer un principe général, théorique et déresponsabilisant là où on entend évoquer des attitudes pratiques, responsables et adaptées à chaque cas particulier⁹. L'expérience humaine en matière de risques a livré un certain nombre de leçons qui permettent d'aboutir à un ensemble de règles ou de critères de la décision auxquels se référer en situation de risque potentiel. Le principe de précaution est donc avant tout un impératif¹⁰. Les attitudes de précaution, malgré leurs différences, ressortissent d'un même principe d'action qui invite à la vigilance en situation d'incertitude. L'usage juridique qui peut être fait du principe de précaution porte donc à le regarder comme une règle ou un **standard** guidant l'action et, partant, le jugement sur l'action.

B.- Les significations sociales de la précaution

Si le principe de précaution est le support de revendications très diverses et parfois contradictoires, sa signification sociale peut néanmoins être explicitée. Elle permet notamment de rendre compte du succès dans l'opinion d'une expression trop souvent utilisée comme un slogan refuge et dont la simplicité trompeuse facilite l'acceptabilité et la popularité.

1. La précaution, réponse aux défaillances de la prévention

L'invocation du principe de précaution s'explique aujourd'hui **autant par les défaillances de la prévention que par l'émergence de nouveaux risques potentiels**. Plusieurs crises récentes ont révélé *a posteriori* les lacunes des politiques préventives et le principe de précaution a été plusieurs fois invoqué à tort, pour des questions qui relevaient de la prévention¹¹. Faute de considérer que les risques sont bien maîtrisés dans le processus normal de la prévention -ce que les affaires de la vache folle et du poulet à la dioxine ont récemment accredité- l'opinion réclame donc qu'ils soient évités plus en amont de la décision.

Dans cette optique, la demande de précaution traduit un certain manque de confiance dans les institutions en charge de la prévention et une méfiance quasi générale envers les différents acteurs sociaux, qu'il s'agisse des « scientifiques » (suspectés d'ouvrir de manière irresponsable des boîtes de Pandore), des « experts » (jugés trop peu indépendants), des médias (soupçonnés de gauchir la vérité), des industriels (qui s'évertuent à masquer les faits gênants), des multinationales (qui opèrent en défiant les lois locales), des administrations (souvent taxées d'incompétence) ou des politiques (trop souvent déconsidérés).

9. Aux États-Unis, on préfère parler d'attitude de précaution plutôt que de principe de précaution.

10. Les scientifiques notamment devraient se garder de conférer au principe de précaution la même valeur normative que celle qui s'attache aux principes de la physique comme le principe d'Archimède.

11. Une partie de la presse l'a ainsi invoqué à tort lors de l'accident du tunnel du Mont-Blanc qui relevait typiquement de la Sécurité Civile c'est-à-dire de la prévention. Dans l'affaire du sang contaminé, il a fallu beaucoup de temps pour que l'on reconnaisse que le principe de précaution avait effectivement été appliqué lors de l'émission de la circulaire de 1983 qui demandait que l'on questionnât les donneurs de sang.

2. La précaution, expression d'un désir accru de participation

a) Le désir accru, manifesté aujourd'hui par les citoyens, d'être associés à un certain nombre de mécanismes de décision est tangible. Il est logique que cette demande s'exprime notamment à propos des situations perçues comme présentant des risques : on consent difficilement à encourir des risques dont on n'a pas été préalablement averti, que l'on n'a pas acceptés ou qui n'ont pas été débattus de façon démocratique.

À la demande d'information, transformée dans certains textes juridiques en **droit à l'information** (loi Barnier, par exemple), s'ajoute donc une volonté de participer plus étroitement aux processus décisionnels. Le désir d'être mieux écouté et mieux compris par le pouvoir politique est d'autant plus fort que les modalités de la participation aux choix technologiques sont faiblement développées. Or, la **technologie**, comprise comme l'ensemble des savoirs permettant de concevoir la technique, est aujourd'hui devenue le cadre théorique de la technique, entendue comme la capacité pratique de fabriquer des artefacts¹². **Elle permet d'anticiper et d'ouvrir des choix** dans l'espace des possibles. Les discours sur la technologie comportent, le plus souvent, une dimension éthique implicite puisque, axés sur l'avenir, ils traitent de ce qui devrait être (sous-entendu : « en mieux ») au-delà de ce qui est aujourd'hui. La technologie est fortement identifiée à la modernité, mais le public estime ne pas avoir suffisamment accès aux choix prévisibles ouverts par les développements technologiques.

En réaction, il formule une revendication démocratiquement légitime, mais parce qu'elle est insatisfaite, ses réactions devant des choix vécus comme imposés deviennent agressives. Le non-choix équivaut à la reconnaissance d'une dépendance. Or, une dépendance n'est acceptée que dans un rapport de confiance. À moins d'être aveugle, la confiance résulte d'un contrat. La perte de confiance, aujourd'hui observée à l'égard de la plupart des acteurs sociaux majeurs (politiques, scientifiques, médiatiques et juridiques) traduirait donc la nécessité de renégocier des **contrats sociaux**, là où il en existait, et d'en négocier de nouveaux, là où la confiance était aveuglément accordée.

b) À cet égard, l'élargissement du débat public doit s'accompagner d'une évolution des comportements politiques. Toute décision politique doit désormais prendre en compte le fait que le public réclame une explication sur les arbitrages rendus. La tentation peut alors être grande, pour le politique, de céder à des mouvements d'opinion disproportionnés et transitoires, parfois amplifiés par les médias et qui pourraient se révéler, en vérité, contraires à des objectifs d'intérêt général. Il apparaît d'autant plus nécessaire de bien séparer l'évaluation technique des risques de la décision politique en tant que telle.

Cette distinction est d'autant plus indispensable que les mouvements d'opinion véhiculent souvent des présupposés idéologiques implicites. Notamment, le danger d'intolérance associée à une présentation trop globale et simplifiée des risques n'est pas négligeable. Si les OGM présentent un risque planétaire, tout utilisateur d'OGM devient un criminel en puissance, et il n'est plus illégitime de dresser des bûchers. Le politique doit donc veiller à ne pas prononcer des discours qui, en accréditant des interprétations exacerbées des risques, seraient aussi des messages d'intolérance.

c) Ajoutons qu'il n'existe aucune opposition *a priori* entre précaution et progrès technologique. Le principe de précaution invite à une réflexion sur les conditions dans lesquelles s'effectue ce progrès plutôt qu'à une inhibition de toute innovation. Il est vrai que les tenants d'une écologie radicale soutiennent que la technologie transgresse nécessairement les lois de la nature. La nature tend alors à devenir une norme morale : ce qui n'est pas « naturel » est contraire à la morale, comme le serait le fait de nourrir des vaches (herbivores) avec des farines animales¹³. Ainsi, pour une partie des Européens, selon l'eurobaromètre, les OGM porteraient atteinte à la « morale ».

L'invocation de la précaution peut alors conduire à mettre la nature à la place de l'homme et à reléguer au deuxième plan les valeurs humanistes. Il ne semble toutefois pas nécessaire d'opposer le contrat « social » au contrat « naturel »¹⁴. L'essentiel du débat, en dehors des tentations radicales et des dérives simplificatrices¹⁵,

12. Cette transition entre la technique et la technologie qui autorise l'anticipation, est repérée par certains comme un événement relativement récent, lié à l'évolution des connaissances scientifiques. À titre d'exemple, le clonage de la brebis Dolly n'a guère surpris certains biologistes parce qu'il était prévisible depuis au moins vingt ans.

13. D'où viendrait le « mal » sous forme de la maladie de la vache folle. Une partie de l'opinion est en effet convaincue que l'origine profonde du problème de la vache folle provient du fait qu'on a mis en œuvre un procédé d'alimentation contraire aux lois de la nature. Pourtant, les farines animales et végétales, à condition d'être bien préparées, ont essentiellement la même composition : des protéines et des acides aminés qui sont des constituants universels du monde vivant.

14. Il suffit de les additionner. Cf. J.-J. Salomon, « Le destin technologique », Paris, Balland (1992).

15. L. Ferry, « Le nouvel ordre écologique », Paris, Grasset-Fasquelle, 1992-1998.

porte plutôt sur le statut de la nature au regard de l'utilisation qui en est faite par, mais surtout pour, l'homme. À cet égard, le principe de précaution est certes porteur d'une réflexion sur les limites et les risques de cette utilisation mais au regard de considérations fondées sur des valeurs humanistes.

3. La précaution, réaction contre la dilution des responsabilités

Cette revendication participative n'est pas séparable d'une prise de conscience récente de la responsabilité de l'homme vis-à-vis des générations futures¹⁶. Le souci de garantir les conditions de vie de ces générations est intimement liée à la perception de la finitude de la planète et des ressources qu'elle peut offrir face aux besoins, aux exigences et aux désirs d'une population croissante (1 milliard d'individus en 1900, 6 milliards en 2000, 9 à 12 milliards en 2050-2100)¹⁷.

Cependant, si le sentiment d'un devoir à l'égard de l'avenir est né d'une prise de conscience des effets potentiellement irréversibles de l'action des générations présentes, l'imputation de ces effets est difficile : elle renvoie à une responsabilité collective qui n'implique personne en particulier et résulte de décisions multiples dans la chaîne desquelles la participation individuelle aux choix ne peut être aisément isolée. Ce sentiment d'une responsabilité aggravée, mais rendue toujours plus diffuse par la complexité des systèmes de décision et d'action, explique au moins en partie l'invocation du principe de précaution qui paraît redonner une maîtrise sur les événements par une attention plus vigilante portée à leurs causes potentielles et aux décisions prises en amont¹⁸.

Ainsi, les « affaires » qui, depuis dix ans, ont fortement ébranlé l'opinion et tout particulièrement le drame du sang contaminé, ont fait apparaître la difficulté, dans des systèmes de gestion complexes, d'identifier les responsabilités individuelles. Le transfert des responsabilités au plus haut niveau de la sphère politique a sans doute représenté pour le public une compensation symbolique de la difficulté d'identifier des « vrais » responsables dans un magma organisationnel où la responsabilité est si diluée qu'elle ne peut plus être repérée. Elle a donc été recherchée là où on s'abstenait d'ordinaire d'enquêter : au niveau du Premier ministre, des ministres et de leurs conseillers, comme dans tous les recoins de l'administration et de l'industrie¹⁹.

4. La précaution, nouvelle perception de l'acceptabilité des risques

Les inventions technologiques cristallisent aujourd'hui la plupart des appréhensions qui alimentent la demande de précaution. Ceci peut paraître paradoxal dans la mesure où les catastrophes naturelles et les agents infectieux ont causé, et continuent de causer infiniment plus de désastres et de morts que toutes les catastrophes technologiques réunies²⁰. Bien entendu, il ne s'agit pas d'opposer des comptabilités morbides qui, dans les faits, s'additionnent, mais de comprendre pourquoi une attention si aiguë est portée à des risques technologiques parfois hypothétiques et hors de proportion avec d'autres risques bien réels.

La perception et l'acceptabilité des risques sont, au moins en première analyse, de nature très différente. Les risques naturels, jugés inévitables, sont acceptés avec un certain fatalisme, de même que les risques que chacun

16. L'analyse de cette responsabilité s'est cristallisée autour de l'ouvrage, publié en 1979 par le philosophe allemand Hans Jonas, « Le Principe Responsabilité », mais dans un cadre théorique et même théologique qui a été critiqué. (D. Lecourt, « Contre la peur », Paris, Hachette/Pluriel (1990)). Elle a rencontré une prise de conscience déjà prônée par d'autres (et, notamment, les « pères » de l'écologie ; voir aussi les travaux du Club de Rome), et elle a abouti à la notion de développement durable, revendiquée par ce que certains auteurs appellent l'écologie politique (cf. A. Lipietz, « Qu'est-ce que l'écologie moderne ? », Paris, La Découverte (1999)).

17. Cf. Ramses 2000 « L'entrée dans le XXIème siècle », sous la direction de Th. de Montbrial et P. Jacquet, Paris, IFNI et Dunod (1999).

18. Elle trouve des résonances dans le domaine médical : on se préoccupe aujourd'hui de l'impact de long terme des traitements médicamenteux des femmes enceintes et certains débats sur l'eugénisme dit positif ne sont pas étrangers à cette perspective.

19. On a repéré dans cette volonté de judiciarisation le désir de criminaliser des actes jusqu'à présent perçus comme non criminels, en matière de technologie notamment. M.-A. Hermitte, « Le Sang et le Droit », Paris, Seuil (1996).

20. La variole a tué 300 millions de personnes avant d'être éradiquée par la vaccination. Les victimes du virus VIH-1 responsable du Sida se comptent par dizaines de millions. Une épidémie de grippe provoque, même dans les pays occidentaux, des milliers de morts (2800 en deux mois en France en 1989). Les extinctions d'espèces les plus spectaculaires sont dues à la chute de météorites sur la planète (D. Raup, « De l'extinction des espèces », NEF Essais, Paris, Gallimard (1993)). En regard, les catastrophes technologiques apparaissent numériquement assez peu meurtrières et sont parfois même surestimées (cas de l'accident de Seveso).

décide de prendre dans l'exercice de ce qu'il estime être son libre arbitre (le fumeur face au risque de cancer du poumon). Il en va autrement des risques subis du fait d'une activité humaine, qui peut ne pas être exempte d'erreur ou d'intention malveillante, et de laquelle il est possible de demander condamnation et d'obtenir réparation par la justice²¹.

Il n'en reste pas moins des différences surprenantes et des variations considérables dans la perception des risques et des responsabilités afférentes. La réalité d'un risque peut être mesurée comme « espérance mathématique », alors que sa perception peut être appréhendée comme « espérance d'utilité ». L'attitude dite « scientifique » se réfère, en général, à l'espérance mathématique. Certaines différences dans la perception et l'acceptabilité du risque peuvent donc être décrites comme des écarts entre les deux types d'espérance dans le sens de la probabilité et de la théorie des jeux²².

Quoi qu'il en soit, ces différences soulignent l'importance des facteurs psychologiques et montrent bien que la notion de risque possède une composante sociale majeure²³. Par exemple, il apparaît de plus en plus clairement que le débat sur les OGM en France déborde les risques techniques pour englober des problèmes sociaux tels que les conditions d'exercice des professions agricoles. Une lourde responsabilité échoit au politique placé devant un véritable conflit d'intérêts lorsque ses électeurs et ses mandants réclament des mesures peu efficaces et d'un coût exorbitant par rapport aux risques, qui peuvent être prises au profit d'intérêts privés, ou de catégories socioprofessionnelles données, mais aux dépens de mesures beaucoup plus significatives pour l'intérêt public²⁴. De façon générale, il faut absolument éviter qu'un excès de précaution conduise à affaiblir la prévention. Il est utile, pour garder la mesure, de faire régulièrement retour aux données factuelles concernant les grandes catégories de risques²⁵.

C.- Culture et précaution

1. Des situations très diverses

Le principe de précaution peut intervenir dans des situations de natures très différentes. Dans un pays comme la France, où l'opinion publique a été traumatisée par l'affaire du sang contaminé et, plus récemment, par celle de la vache folle, la précaution revêt des significations différentes selon les domaines dans lesquels elle trouve à s'appliquer.

Dans le domaine de la santé, il existe une forme de contrat social ancien, bien établi, auquel correspondent des pratiques éprouvées, perfectibles, mais généralement jugées fiables. Ce contrat, fondé sur la confiance dans le médecin et l'acte médical, s'est avéré si solide qu'il a résisté lors de l'affaire du sang contaminé où les médecins prescripteurs ont été, à titre personnel, assez peu mis en cause. Ainsi, la précaution a-t-elle été

21. Plusieurs ouvrages ont été consacrés à la perception et à la signification sociale du risque, par exemple, Le Breton D., « La sociologie du risque », collection *Que sais-je ?*, Paris, PUF (1995).

22. Les notions d'espérance mathématique et d'espérance d'utilité élaborées par Pascal et Bernouilli, peuvent être résumées comme suit : devant deux possibilités, obtenir 100 F à coup sûr ou jouer 200 F à pile ou face, quelle sera ma préférence ? L'espérance mathématique est la même dans les deux cas. Si je choisis l'option sans risque (100 F à coup sûr), quelle serait mon attitude si l'offre était de 50 F ou de 20 F ? Cf. les analyses de F. Ewald, notamment « Histoire de l'État providence », Paris, Grasset, 1986, 1996 ainsi que D. Kahneman et A. Tversky « La peur et le goût du risque », Pour la Science, dossier, Juillet 1999, 74-80.

23. En témoigne, par exemple, le renversement des attitudes par rapport au tabac. Les espaces interdits aux fumeurs ne cessent de croître et on assiste à la mise en cause des fabricants de cigarettes : en France, comme dans beaucoup de pays, ceux-ci distribuent, avec toutes les autorisations requises, des produits réputés dangereux pour la santé mais réclamés par une part importante de la population et qui, par le biais des taxes, abondent les caisses de l'État. Voir, notamment, l'analyse de F. Ewald sur le risque comme expérience morale, sociale et juridique (« Risque et Société », Paris, Nucleon, (1999) pp. 41-54). Voir aussi « Risques et Peurs Alimentaires », sous la direction de M. Apfelbaum, Paris, Odile Jacob (1999).

24. On s'accorde à penser que le dépistage du HTLV-I dans les dons de sang, introduit en pleine crise du sang contaminé, est une mesure de précaution disproportionnée. Selon J.-F. Girard (in: « Risques et Société », Paris, Nucleon (1999) pp. 175-180), 110 millions de francs pour sauver une demi-vie humaine tous les vingt ans. La même somme d'argent mise sur le dépistage du cancer du sein sauverait 200 vies humaines.

25. Voir notamment « La Santé en France », rapport du Haut Comité de la Santé publique (1998), plusieurs rapports de l'Académie des Sciences et l'article de M. Tubiana : « Le risque et la santé dans « Risque et Société », Paris, Nucleon (1999) pp. 24-38.

considérée comme étant l'affaire de l'institution politique plutôt que de l'institution médicale²⁶. Cette dernière est d'ailleurs généralement réservée par rapport au concept de précaution, avançant, entre autres, que la médecine est nourrie, depuis ses origines hippocratiques, de la notion de précaution, que la plupart des actes médicaux s'inscrivent dans le court terme sinon l'urgence et possèdent un caractère individuel et non sériel²⁷. Ces arguments sont recevables, à ceci près qu'une somme d'actes individuels finit par constituer un geste sériel²⁸. Il est vrai qu'en matière de santé, le principe de précaution est invoqué généralement à propos des effets à long terme de certaines mesures ou thérapies. On ressent néanmoins une sous-estimation assez générale de la dimension de santé publique au profit de l'acte médical individuel. La culture de santé publique est notoirement médiocre en France²⁹.

Dans le domaine du médicament, tout produit est présumé dangereux en raison de ses effets iatrogènes éventuels. Sa mise sur le marché est justifiée par les bénéfices attendus de sa distribution, et accompagnée de dispositifs de surveillance appropriés. Il existe en outre une certaine tolérance vis-à-vis du risque marginal résiduel en raison des avantages thérapeutiques attendus, dont l'évaluation fournit une base pour l'application du principe de proportionnalité. On voit bien, notamment, qu'une démarche excessivement sécuritaire pourrait compromettre les bénéfices thérapeutiques. La généralisation de cette logique à d'autres secteurs tels que l'alimentation est plus délicate. Il devient difficile d'apprécier la proportionnalité des mesures de précaution lorsque les critères d'acceptabilité du risque résiduel ne trouvent pas leur fondement dans la sécurité du consommateur, mais dans d'autres bénéfices, où la logique collective (économie globale du secteur, fonctionnement de telle profession) ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt individuel.

À l'inverse des techniciens de la santé, ceux qui opèrent dans le domaine de l'environnement sont, en moyenne, plus favorables au principe de précaution. Ici la situation est bien différente, parce que le contrat social, loin d'être ancien, est tout juste en voie d'élaboration. L'écologie scientifique est récente et en pleine évolution³⁰. La demande est forte. Parmi les différents intervenants, les associations écologistes bénéficient, dans l'opinion, d'une cote de confiance élevée, mais la question de l'environnement est aujourd'hui prise en compte par la quasi totalité des acteurs sociaux. Tous les partis politiques, à des degrés divers, s'en préoccupent. Il n'en demeure pas moins que les structures et les pratiques cherchent encore à s'inscrire dans des cadres sociaux élaborés.

Les situations de la santé et de l'environnement, et celle intermédiaire de l'alimentation, sont donc bien différentes. Il existe un gradient dans la structuration et l'organisation sociale de ces trois grands domaines (santé, alimentation et environnement), que l'on retrouvera dans l'utilisation qui peut être faite du principe de précaution.

26. Par exemple, on peut penser que, dans les années 1984-1985, les médecins prescripteurs qui prescrivaient du facteur VIII aux hémophiles, ont failli au principe de précaution parce qu'ils devaient, autant et plus qu'un Premier Ministre, être informés des risques liés à la préparation des concentrés à partir de sangs poolés.

27. Voir le point de vue critique de G. David, « La médecine saisie par le principe de précaution », Bulletin mémoire de l'Académie de Médecine (1998) et celui, très documenté, de M. Tubiana, « L'éducation et la vie », Paris, Odile Jacob, (1999). On relève, au moins en France, plusieurs conséquences objectivement critiquables de l'application du principe de précaution telles que les limites mises à l'endoscopie chez des sujets suspects d'être atteints de maladie de Creutzfeld-Jakob, les mesures d'isolement excessives lors d'atteintes nosocomiales, ou le coût exorbitant de la sérologie contre le HTLV-I. À l'inverse, une fraction importante des hôpitaux en France ne dispose pas d'autoclaves performants, ce qui pose des problèmes de contamination par manque de stérilisation (pour l'hépatite C notamment).

28. Des analyses sévères ont été portées sur l'organisation de la profession médicale en France, dans ce qu'elle avait (et continue peut être d'avoir) de permissif par rapport aux erreurs commises avec le sang contaminé. Certains accusent le milieu médical d'un certain laxisme (le lavage des mains constitue, pour le médecin, un acte élémentaire, mais qui est loin d'être systématique) et d'une défense excessive de ses intérêts. Voir A. Morelle, « La défaite de la santé publique », Paris, Flammarion (1996).

29. Voir J.F. Girard, « Quand la santé devient publique », Paris, Hachette (1998).

30. J.L. Fabiani (dans : « Le Principe de Précaution », sous la direction d'O. Godard, Paris, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme et INRA (1977) pp. 297-309) analyse ainsi les postures successives de l'écologie scientifique. Pour consolider leur légitimité, les écologues ont commencé par utiliser des stratégies argumentatives spécifiques, parfois théâtralisées et dramatisées. Mais, écrit-il, « la dimension de prophétie sociale d'une partie de la production écologique tend à disparaître »... « Un des principaux effets de cette stratégie (des écologues scientifiques) est précisément de constituer les termes d'une nouvelle demande bureaucratique et politique »... « La mise en avant de l'incertitude n'est pas tant la reconnaissance d'une forme d'impuissance du savoir rationnel qu'une redéfinition de ses critères de productivité »... « L'usage raisonné du principe de précaution constitue une ressource pour les scientifiques eux-mêmes qui peuvent à la fois y trouver une nouvelle source de légitimation (...) et une manière de construire une nouvelle image publique de l'activité scientifique, plus conforme à la prise en compte croissante de l'historicité des objets naturels ».

2. Les différences culturelles au plan international

Bien qu'évoqué dans nombre d'instances internationales, le principe de précaution rencontre un succès beaucoup plus évident en Europe qu'aux États-Unis où il est, à ce jour -malgré l'intérêt croissant qu'il commence à susciter dans certaines sphères d'intellectuels- peu connu du grand public plus habitué à un discours pragmatique très centré sur l'évaluation des risques (« risk assessment »³¹). Des différences socio-culturelles, parfois liées à des impératifs religieux, sont facilement repérables dans la perception des risques et dans leur acceptabilité³².

Au-delà de lieux communs, peut-être contestables, sur le goût d'innover et d'entreprendre, un regard sur les structures institutionnelles américaines révèle de profondes divergences avec les pays d'Europe. La logique de marché qui domine aux États-Unis est inscrite dans un contexte juridique fondé sur la présomption de responsabilité des acteurs. Avant et après la mise sur le marché d'un produit, l'administration n'intervient qu'assez rarement. Exception faite du domaine du médicament, elle se manifeste surtout en cas d'accident, mais alors de façon efficace et brutale selon une logique de sanction. Celle-ci doit être suffisamment rigoureuse pour être dissuasive et entretenir le sens de la responsabilité du fabricant qui doit s'autocontrôler.

Ainsi, le plus souvent, notamment en cas d'accident, ce n'est pas le politique qui dit le bien public, mais les administrations et surtout les juges. Il n'est pas certain que ce système permette efficacement d'éviter l'erreur et la fraude³³. Sa crédibilité dépend de la perception, par le public américain, des risques qu'il lui fait encourir. Elle pourrait bien être largement fondée sur l'efficacité, reconnue, des systèmes de gestion de crises qui fonctionnent au sein des agences gouvernementales comme le « Center for Disease Control ». Le public américain refuse de donner plus de moyens financiers à l'État et aux administrations qui sont ainsi tenues de cibler leurs actions et de justifier leurs priorités, notamment dans certains secteurs, par des analyses économiques exigées par la loi. Le pouvoir de l'argent et des groupes de pression trouve donc ses limites davantage dans le pouvoir des juges que dans celui du politique. Des dispositifs particuliers tels que la protection des dénonciateurs d'irrégularités ou lanceurs d'alerte (« whistle blowers »), aident le juge dans cette tâche.

La logique de cette organisation peut pousser le producteur à rechercher la sécurité maximum moins pour les consommateurs que pour lui-même, et à garantir sa sécurité juridique propre plutôt que la sécurité sanitaire du grand nombre. Elle est perméable à l'influence des lobbies³⁴. Elle n'incite pas forcément à la transparence des systèmes productifs et on voit aujourd'hui des avocats participer aux réunions techniques pour filtrer l'information, au nom du secret qui régit leurs relations avec leurs clients.

Les conflits qui opposent l'Union Européenne aux États-Unis sur la viande aux hormones, par exemple, peuvent donc être interprétés à la lumière de la différence entre une culture du contrôle *a priori* et une autre *a posteriori*. La première est davantage propice, en principe, à la transparence et à la traçabilité que la seconde. Les Européens la font intervenir dans la qualité des produits et veulent la valoriser. Ils sont fondés à le faire dès lors que des enquêtes révèlent des inexactitudes et des fraudes dans l'appareil de production américain³⁵. Il reste à apprécier quels sont le coût et la valeur ajoutée ou les bénéfices, au sens large, des deux types d'approches par nature opposées. Cette différence méthodologique n'interdit pas tout accord, comme l'atteste la négociation de certains standards dans les instances internationales, telles que le *Codex alimentarius*, évidemment soumises à un lobbying organisé des intervenants majeurs.

31. On a récemment noté une inflexion dans le discours du Secrétaire d'État à l'Agriculture, D. Glickman, à propos des OGM. Cf. « Nature » (1999) 400, 299.

32. Les OGM sont jugés inacceptables par une partie de l'opinion indienne qui y voit une transgression incompatible avec l'idée de réincarnation.

33. Les décès résultant d'intoxications alimentaires seraient 5 à 10 fois plus élevés aux États-Unis qu'en Europe. Certains avancent les chiffres de 8000 à 9000 morts par an aux États-Unis, contre moins de 1000 en Europe. Ils doivent être maniés avec prudence : les autorités américaines les ont peut-être exagérés à des fins politiques et les méthodologies de capture de données et d'extrapolation ne sont pas nécessairement fiables ou cohérentes.

34. La société « American Home Product » et la Food and Drug Administration font face à un énorme scandale : la mise sur le marché, en Septembre 1995, d'un médicament coupe-faim (avec l'appui des lobbies anti-obésité) en dépit d'indications de dangerosité qui avaient conduit, en Mai 1995, à retirer le produit du marché français. Il s'en est suivi une centaine de décès. Les poursuites engagées par les familles des victimes dépassent le milliard de dollars. Malgré tout, cette affaire est plus vécue aux États-Unis comme un fait divers que comme une crise nationale.

35. À propos des importations de boeuf américain dit « aux hormones », des inspections ont montré un taux élevé d'irrégularités (12 % des animaux élevés dans la filière sans hormone avaient, en fait, reçu des hormones) qui renvoie à l'absence de traçabilité dans le début de la chaîne de production.

En tout état de cause, cette divergence explique pourquoi la notion même de principe de précaution, entendue comme une forme exacerbée du contrôle *a priori*, pénètre difficilement aux États-Unis où l'on agit néanmoins avec précaution, notamment pour l'élaboration des normes³⁶. Dans le domaine alimentaire, mais non dans le domaine agricole, elle est mieux perçue au Canada où les traditions sociales (perceptibles dans le système de santé et la protection sociale) sont plus propices à son acceptation.

36. Voir ch. III, B-1.

Première partie

Le principe de précaution en situation

I.- Le contenu pratique du principe de précaution

La précaution concerne au premier chef les risques technologiques. Cependant, elle inclut aussi les risques naturels (surveillance d'un volcan peu actif ou émergence d'un nouvel agent pathogène) qui cessent de l'être si la technologie permet de les anticiper³⁷. Le champ d'application de la précaution est donc extrêmement vaste et déborde même des trois secteurs habituellement distingués (santé, alimentation et environnement) pour couvrir d'autres domaines comme celui des libertés publiques³⁸.

Ainsi, le principe de précaution rassemble, sous un vocable unique, des situations très diverses qui, au premier abord, n'ont pas grand chose en commun. Pourtant, l'analyse d'un certain nombre d'affaires récentes révèle des difficultés et des erreurs récurrentes qui apparaissent dans des situations de crise³⁹ que, précisément, le principe de précaution devrait aider à éviter, grâce à une anticipation judicieuse si tel est bien son objectif (A). Puisqu'il doit s'exprimer dans des procédures, c'est dans ces dernières qu'il faut rechercher des invariants. L'énonciation d'un certain nombre de règles, tirées du bon sens, de la logique et de l'expérience, permet de repérer des constantes et de dégager des groupes de procédures assez généralement applicables⁴⁰ par delà la diversité des situations.

Ces procédures doivent être mises en œuvre pour l'analyse des risques (B), pour les prises de décision sur les mesures à adopter (C), pour le renforcement de l'efficacité et de la fiabilité des dispositifs sécuritaires (D) et pour améliorer leur transparence (E). Les situations de crise devraient être exceptionnelles mais requièrent des dispositions particulières (F). L'adoption de ces procédures, résumées sous forme de dix commandements (G), impose de nouveaux devoirs à l'ensemble des acteurs sociaux (H).

A.- Les objectifs du principe de précaution

Parce qu'il existe une différence parfois considérable entre l'ampleur réelle et la perception du risque, on peut se demander si le principe de précaution a pour objectif premier de **mieux gérer les risques ou de mieux gérer la perception des risques**.

Ce deuxième aspect qui constitue à la fois un élément de bien être social et souvent une condition de l'efficacité des mesures prises par les décideurs, ne doit pas être négligé. Toutefois, la dimension politique associée à la perception des risques ne devrait pas peser excessivement sur l'action, ni en dévoyer le sens, ni

37. Sur les stratégies de limitation des désastres naturels, voir « Mitigation emerges as major strategy for reducing losses caused by natural disasters », *Science* (1999) 284, 1943-1947.

38. L'activité de la CNIL (Commission Nationale Informatique et Liberté) est majoritairement tournée vers la précaution. Le célèbre « bogue » de l'an 2000 pose des problèmes de précaution qui motivent certains lobbies américains à militer en faveur d'une loi fédérale protectrice.

39. Voir annexes.

40. Ceux-ci recourent largement un jeu de règles, élaborées, début 1999, au sein de la DG.XXIV de la Commission Européenne.

conduire à des décisions d'un coût social disproportionné. Il faut affirmer clairement que l'objectif principal du principe de précaution est bien de diminuer les risques.

On ne doit pas entretenir l'illusion que l'application, même optimale, du principe de précaution, pourra toujours les éliminer entièrement, et ce pour deux raisons. D'abord, il peut arriver que l'hypothèse même du risque naisse postérieurement à l'émergence du danger. C'est ainsi que, rétrospectivement, on a pu dater les premiers cas de sida post-transfusionnels à la fin des années 70, avant même l'identification des premiers cas de sida en 1981. Il existait donc un volume incompressible de contaminations qu'aucune mesure de précaution n'aurait pu éviter⁴¹. En outre, il se peut que les mesures de précaution qui sont prises laissent persister un **risque résiduel** qui aura été jugé acceptable dans une analyse bénéfices/risques. Ici encore, l'affaire du sang contaminé fournit un exemple éclairant. En 1983, le questionnement des donneurs de sang destiné à écarter de la collecte les individus à risque constituait une mesure de précaution typique. La Grande-Bretagne, où elle a été appliquée, a connu 17 fois moins de contaminations que la France où elle ne l'a pas été, mais il y a eu néanmoins un certain nombre de cas. La mesure était efficace, mais pas à 100 % et représentait le compromis jugé alors acceptable vis-à-vis de l'alternative que constituait l'arrêt de la transfusion qui eut provoqué à coup sûr des milliers de décès.

Cette efficacité partielle de la précaution pourrait nourrir la tentation de l'abstention systématique. Toutefois, si l'abstention peut constituer une solution positive, il arrive aussi qu'elle présente des risques ou des inconvénients graves. Au total, c'est bien au cas par cas qu'il faut évaluer les risques et dégager les solutions les plus appropriées.

B.- L'analyse des risques

a) Toute démarche de précaution commence par la difficile analyse des risques. Il va de soi que le risque doit être défini, évalué et gradué. Cette proposition est moins élémentaire qu'il n'y paraît. Elle est l'étape essentielle de rationalisation des risques qui doit conduire à séparer le risque potentiel du fantasme et de la simple appréhension. Elle impose qu'on ne se satisfasse pas des présupposés vagues dont s'accommode généralement l'attitude d'abstention. Elle requiert, dans les faits, de recourir à des expertises souvent longues et coûteuses.

Le premier exercice auquel il convient de se livrer consiste à imaginer les risques possibles, à éliminer les scénarios jugés non plausibles et à retenir ceux qui sont jugés plausibles et qui méritent dès lors le titre de « risque potentiel ». Le deuxième exercice consiste à graduer le risque potentiel et à décider du niveau du seuil d'alerte. Un seuil d'alerte est franchi lorsque **des retours d'expérience valident la plausibilité de l'hypothèse de risque sans la démontrer**. Il existe donc deux catégories de risques potentiels :

- les **risques potentiels plausibles**, reconnus comme tels par l'analyse alors même qu'aucun retour d'expérience ne vient l'appuyer ;

- les **risques potentiels étayés** dont la plausibilité est soutenue par des retours d'expérience qui indiquent qu'un seuil d'alerte est atteint.

Cette distinction, pour subtile qu'elle puisse apparaître, nous semble essentielle dans la pratique. Les décideurs ne peuvent, en effet, prendre des mesures draconiennes et mettre en place des dispositifs onéreux en se fondant systématiquement sur de simples soupçons. Cette démarche serait en tous points critiquable. Une analyse épistémologique en montre les conséquences adverses⁴², et il est juste de remarquer que le traitement du risque, s'il a lieu trop en amont, a toutes chances d'être plus coûteux et moins efficace⁴³. D'une part, en effet, faute de connaissances et de définition suffisamment précise du risque, on peut être amené à agir de façon large et peu ciblée. De l'autre, l'observance des mesures de précaution devient problématique en raison de

41. M. Setbon, annexe 4.

42. F. Ewald, « Philosophie de la précaution », l'Année sociologique, n° 46 (1996) 383-412.

43. En 1982, la transmission du sida par transfusion constituait une hypothèse plausible qui commençait à être étayée par quelques observations. Il s'est néanmoins écoulé un an avant qu'une mesure de précaution raisonnable (le questionnement des donneurs) puisse être promulguée. La suspension de la transfusion ne constituait pas une mesure raisonnable

l'incrédulité des acteurs sociaux⁴⁴. Bien entendu, gérer le risque trop en aval revient à s'en tenir à la seule prévention.

Le compromis judicieux nous paraît donc de réserver une place critique aux risques potentiels étayés dans la prise de décision. **On pourrait adopter pour règle générale (mais susceptible d'exceptions) que la prise en considération d'un risque potentiel plausible induit une obligation de recherche. La prise en considération d'un risque potentiel étayé renforce l'obligation de recherche et ouvre la question de la prise de décision.**

b) Il convient ensuite de comparer les risques associés aux différents scénarios. En particulier, **le risque d'agir doit être comparé au risque de ne pas agir**. Cette règle qui est au coeur des préoccupations et de la déontologie du corps médical, est d'usage évident dans le domaine de la santé publique où les alternatives du choix ont des conséquences qui, le plus souvent, apparaissent clairement. Ce n'est pas toujours le cas dans les domaines de l'alimentation ou de l'environnement. Par exemple, on peut, à première vue, se dispenser de OGM pour l'alimentation puisque, dans les pays développés du moins, les sources alimentaires sont déjà surabondantes. Il faut néanmoins s'astreindre à la comparaison systématique des scénarios, notamment d'action et d'abstention, ne serait-ce qu'en raison des impacts économiques et sociaux, mais aussi parce qu'il importe de vérifier les conséquences à long terme et de s'assurer que le remède n'est pas pire que le mal -ce qui s'est produit plusieurs fois par le passé⁴⁵.

c) Toute décision éclairée doit être prise au vu **d'analyses économiques**. Ce point est à la fois sensible et capital. Il est sensible car l'idée selon laquelle la gestion des risques puisse être inféodée à des considérations économiques est mal acceptée. C'est ainsi qu'en matière de santé publique, les évaluations du coût de la mort ne font pas généralement l'objet d'une grande publicité. Si la décision ne doit pas être fondée sur les seules considérations économiques, il est indéniable qu'au minimum le coût de la facture doit figurer au dossier. Il serait inacceptable de faire peser sur les citoyens des charges lourdes et injustifiées⁴⁶.

Pour la mise en œuvre du principe de précaution, l'analyse économique présente un intérêt supplémentaire. Lorsqu'elle est pratiquée sous la forme d'une discussion contradictoire entre les différents acteurs sociaux, elle est l'occasion privilégiée d'un dialogue constructif⁴⁷. L'évaluation économique conduit à engager des négociations qui forcent les acteurs à préciser leur position et à faire état des paramètres subjectifs qui sous-tendent leurs calculs de probabilité. Elle permet aussi de vérifier la sincérité des acteurs et le degré de réalisme de leurs propositions alors que l'incertitude ouvre un espace stratégique où ils peuvent évoluer sans contrainte. Elle a enfin le mérite d'inciter à une réflexion qui situe le risque dans un ensemble, ce qui doit favoriser une gestion globalisée de certains risques.

Enfin, **l'analyse économique et sociale** fournit un ensemble de données et de points de vue qui peuvent être intégrés dans des analyses bénéfiques/risques ou coûts/avantages, coûts et bénéfiques étant entendus au sens large et non seulement financier. L'analyse économique tarde à se développer en France pour les risques environnementaux autant que pour les risques sanitaires⁴⁸. Les analyses coûts/bénéfices sont trop souvent déficientes, ce qui nuit au réalisme de la prise de décision (par opposition aux États-Unis où le Levin-Thompson Regulatory Improvement Act de 1997 a renforcé l'exigence pour les agences d'effectuer cette analyse avant

44. C'est l'une des explications fournies par M. Setbon (annexe 4) sur l'inobservance de la circulaire de 1983 par les transfuseurs français. De la même manière, les mesures de précaution concernant les OGM se sont heurtées à l'incrédulité de nombreux acteurs (*cf.* ch. IV).

45. En Suède, des normes très strictes sur la réduction du soufre dans les carburants avaient conduit à doubler les émissions, par les raffineries, des gaz à effet de serre.

46. Aux États-Unis, l'ouvrage de S. Breyer (« Breaking the vicious circle: towards effective risk regulation », Harvard University Press, Cambridge, MA, USA, (1993)) montrant que des mesures environnementales injustifiées avaient coûté 150 milliards de dollars au pays, a incité le Congrès à voter une loi rendant obligatoire l'analyse économique en préalable à toute réglementation touchant à l'environnement. Voir aussi Arrow et coll., « Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health and safety regulation? », *Science* (1996) 272, 221-222. Une loi semblable existe en Allemagne. Des dispositions très onéreuses ont été prises au niveau européen sans que leur impact économique ait été évalué. La réduction de la teneur en plomb des eaux potables de 50 mg/litre à 10 mg/litre pourrait coûter à la France de 120 à 150 milliards de francs, de même qu'une décision sur les stations d'épuration devrait coûter une centaine de milliards alors que des solutions alternatives ou intermédiaires n'ont pas fait l'objet d'études poussées. Par comparaison, le budget de la lutte contre toutes les drogues (1 milliard de francs et 100 000 morts) paraît bien modeste.

47. J.C. Hourcade dans « Analyse économique et gestion des risques climatiques », *Nature-Sciences-Société* (1994) 2, pp. 202-211.

48. Ces analyses se heurtent à un obstacle culturel : la vie n'a pas de prix. Les agents publics hésitent à chiffrer le coût d'une mesure de santé car ils craignent qu'on leur reproche d'affecter cyniquement un coût à la vie humaine.

l'adoption de toute règle ayant un impact sur l'économie en justifiant l'option retenue). Elle nuit également à la crédibilité des positions françaises dans les instances internationales. La France doit se doter d'une expertise scientifique et économique internationalement reconnue pour négocier au mieux dans des instances telles que la FAO ou l'OMC.

d) L'évaluation et le suivi des risques comprennent plusieurs volets et, notamment, l'expertise, l'acquisition de données (surveillance épidémiologique, mesures de paramètres environnementaux) et les divers contrôles qui peuvent être exercés. **L'évaluation des risques doit, par principe, être confiée à des instances indépendantes** de ceux dont les intérêts pourraient se révéler incompatibles avec l'objectivité requise par l'expertise. Par exemple, ce n'est qu'au terme d'une longue évolution que la gestion du nucléaire en France s'est conformée à cette règle.

Celle-ci vaut, au premier chef, pour ceux qui créent les risques (potentiels dans le cas de la précaution) et, tout particulièrement, les producteurs et les industriels. Le même principe peut être appliqué au pouvoir politique qui a le devoir d'intégrer des intérêts multiples, ainsi qu'aux administrations qui en dépendent, surtout lorsque de grands programmes étatiques sont en cause (par exemple, le nucléaire). Les manquements à cette règle ont été la cause d'innombrables conflits et malentendus. Sa mise en œuvre est moins simple qu'il n'y paraît. Au-delà de l'instrument de pouvoir que constituent l'information sur les risques et l'expertise afférente, de réels problèmes pratiques se posent à de nombreux niveaux (comme celui de l'indépendance et de la disponibilité d'experts compétents). Cette règle constitue néanmoins un impératif majeur auquel il faut s'efforcer de souscrire au mieux. L'indépendance n'est pas l'isolement. Il importe que ces instances indépendantes soient néanmoins coordonnées.

C.- Le contenu de la décision

a) Il est bien évident que les connaissances ont toute chance d'évoluer, que de nouveaux savoir-faire peuvent apparaître. Par voie de conséquence, **les décisions doivent être, si possible, révisables** et les **solutions réversibles**. Ainsi la loi sur la bioéthique, votée en 1994, contenait une clause de révisabilité. Il en est de même pour un certain nombre de directives européennes. Une généralisation de ce type de clause serait sans doute souhaitable. En matière de déchets radioactifs, l'enfouissement définitif, en France comme presque partout dans le monde, a finalement été récusé au profit de l'entreposage souterrain réversible⁴⁹. L'une des craintes exprimées vis-à-vis des OGM est que leur culture en masse ait des conséquences irréversibles telles que la dissémination de certains gènes ou l'émergence de résistances⁵⁰. Révisabilité et réversibilité posent un véritable défi aux structures lourdes et complexes et, notamment, aux administrations publiques.

b) Les solutions doivent aussi être **proportionnées**, comme l'énonce la loi Barnier. Cette notion est, par ailleurs, implicite dans les acronymes ALARA (« As Low As Reasonably Achievable »), très utilisé pour le nucléaire et BATNEEC (« Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost ») utilisé dans un grand nombre de traités internationaux à propos de solutions à mettre en œuvre dans les problèmes d'environnement (pour les risques très graves « BAT » est substitué à BATNEEC). Il est évidemment impossible de décider de la proportionnalité d'une mesure si l'on n'a pas, au préalable, procédé à une analyse économique. Toutefois, la notion de proportionnalité doit concerner le risque pris dans son ensemble et non les seuls aspects économiques. C'est donc le **rapport coûts/avantages**, les deux termes étant entendus au sens large, qu'on s'attachera à évaluer⁵¹. La perception du risque par le public ne coïncide pas toujours avec l'évaluation technique. Il appartient alors au politique de peser l'une et l'autre. Deux règles de bon sens devraient néanmoins être généralement appliquées :

- **À risque comparable, privilégier la prévention sur la précaution.** La suspension de la vaccination générale contre l'hépatite B soupçonnée, en France, de provoquer ou d'accélérer les manifestations de pathologies neurologiques telles que la sclérose en plaque a, dans les faits, conduit à privilégier -provisoirement- la précaution à l'encontre de la prévention⁵².

49. Il est vrai que les défenseurs de l'entreposage irréversible concevaient à l'époque l'irréversibilité comme une précaution vis-à-vis des générations futures.

50. Toutefois, rien ne justifie d'attribuer une dimension morale à l'irréversibilité ni de la qualifier de mauvaise en soi. L'éradication irréversible du virus HIV serait perçue comme bénéfique, tout comme celle du virus de la variole.

51. Certains préfèrent parler de « coût social élargi ».

52. Selon les statistiques publiées, ce choix revient à préférer éviter un ou deux cas, hypothétiques, de sclérose en plaque (risque potentiel) au regard du risque avéré d'une à plusieurs dizaines de cas d'hépatites fulminantes et de cancers du foie

- À **risque comparable, privilégier l'analyse des risques potentiels étayés sur les risques potentiels plausibles**. À titre d'exemple, ceci conduirait aujourd'hui à concentrer des moyens d'étude sur les risques environnementaux des OGM plus que sur les risques alimentaires.

c) **La comparaison des analyses coûts/avantages associés à différents scénarios** (notamment d'agir ou de ne pas agir) **est fondamentale**. L'un des problèmes soulevés par l'application du principe de précaution est l'asymétrie qui paraît exister entre la facilité d'interdire et la difficulté d'autoriser un produit soupçonné de présenter un risque. Cette asymétrie, pour les décideurs publics, est perceptible au niveau judiciaire (cf. VI, B) puisque, jusqu'à présent au moins, leur responsabilité est, en général, plus facilement mise en cause pour défaut que pour excès de précaution -quand bien même l'excès peut avoir des conséquences négatives importantes. Seules l'explicitation et la publication des analyses de risques et de coûts/avantages sont en mesure de fournir des éléments d'appréciation équilibrés, non seulement aux décideurs, mais au public et aux juges.

d) Dans certaines situations, il convient de **globaliser la gestion du risque**, dans une perspective de long terme où le risque réside moins dans l'utilisation d'un produit que dans l'excès de son utilisation⁵³. La question est alors moins d'autoriser ou d'interdire que de moduler l'exploitation, ce qui peut être fait à différents niveaux, notamment celui des autorisations de mise sur le marché.

e) Une des règles de la précaution est de se donner les moyens de sortir de l'incertitude au plus tôt. Or, sortir de l'incertitude impose une **obligation de recherche**. Celle-ci doit être introduite à deux niveaux. Lorsque le risque potentiel est seulement plausible, il faut chercher à confirmer ou à infirmer le soupçon. Lorsqu'il est étayé, et qu'un train de mesures est mis en œuvre, ce dernier doit encore comporter un programme d'investigation ou de recherches, ce qui suppose que des moyens appropriés soient disponibles et modulés selon les résultats obtenus. Ainsi entendue, la précaution s'éloigne plus encore d'une attitude d'abstention. La recherche est d'autant plus impérative que la précaution s'applique à des phénomènes de long terme, comme l'effet de serre, dont la gestion requiert des séries de mesures progressives⁵⁴. Ajoutons que la recherche doit être effectivement concentrée sur la résolution de l'incertitude plus que sur la seule compréhension du phénomène.

D.- Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires

a) Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être non seulement appropriés mais **cohérents et efficaces**. La cohérence implique notamment l'absence de redondance dans les circuits administratifs et politiques, ainsi qu'une bonne circulation de l'information. La rapidité de traitement des problèmes est un des signes de l'efficacité⁵⁵. De façon générale, entre deux États qui atteignent le même niveau de précaution avec les mêmes contrôles, mais avec des délais différents, il est évident que le plus rapide bénéficie, en matière d'innovation, d'un avantage compétitif considérable qui a des retombées économiques certaines. De ce point de vue, l'achèvement de l'harmonisation des procédures européennes et nationales est souhaitable car leur superposition est une source de complications et de lenteurs importantes. Les retards administratifs injustifiés peuvent aussi avoir des conséquences très discutables au plan éthique lorsque, par exemple, ils entraînent le report d'essais cliniques dans des domaines critiques pour la santé humaine⁵⁶. Aux

(voir « Vaccinations, Actualités et Perspectives », expertise collective de l'INSERM, Paris, INSERM Editions (1999) et Lévy-Bruhl et coll., Bulletin Epidémiologique Heb. (1999) 2, 33).

53 Dont l'exemple typique est fourni par les antibiotiques (cf. C. Noiville et P.-H. Gouyon, annexe 2).

54 La réduction des gaz à effet de serre soulève des questions difficiles quant aux équilibres globaux et à la solidarité internationale. La déforestation serait responsable pour un quart, le reste étant attribué à l'utilisation des énergies fossiles. Les enjeux économiques sont énormes. Si le réchauffement en cours de la planète est principalement dû à l'effet de serre (plutôt qu'à des variations climatiques d'amplitude longue), des problèmes sérieux devraient se poser dans plusieurs décennies. Sur le long terme, certains modèles économiques suggèrent qu'une ligne de conduite séquentielle pourrait minimiser les coûts de réduction des émissions en tirant progressivement avantage d'innovations à venir. (J.C. Hourcade dans « Le principe de précaution », sous la direction de O. Godard (1997) Paris, éditions de la Maison des Sciences de l'Homme et l'INRA, pp. 259-296). Les recherches en climatologie peuvent sans doute être tenues pour exemplaires. La récupération de la couche d'ozone (cf. « Nature » (1999) 398, 6663-664) de même que les paramètres liés à l'effet de serre (grâce notamment aux analyses rétrospectives permises par les forages glaciaires ; Petit et coll., « Nature » (1999) 399, 429-436) sont très attentivement étudiés, souvent dans le cadre de coopérations internationales.

55 On se souviendra que, dans l'affaire du sang contaminé, un Premier ministre a été traduit devant la Cour de Justice de la République pour un retard présumé de quelques semaines dans la mise en place du dépistage systématique du virus VIH-1.

56. La lenteur peut atteindre des dimensions peu acceptables, surtout lorsqu'elle touche à des problèmes de santé publique. En France, les vaccins vivants sont considérés comme pouvant présenter un risque pour l'environnement, parce que les

États-Unis, la Food and Drug Administration (FDA), critiquée pour sa lenteur, s'est auto-réformée dans le milieu des années 1990.

b) Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être **fiables**. La fiabilité suppose de minimiser les erreurs commises au sein de systèmes souvent complexes. Un savoir-faire considérable a été accumulé dans certains secteurs, qu'il s'agisse des centrales nucléaires, de l'aviation civile ou de la production de médicaments et de vaccins. La réduction des erreurs implique toujours une **définition précise des procédures**, selon des formats déterminés à l'avance et régulièrement revus, aménagés et améliorés. Cette démarche recouvre très largement celle de **l'assurance qualité**.

Ces procédures opératoires standardisées doivent, en outre, être convenablement exécutées. La déontologie des acteurs, leur compétence et leur sens des responsabilités constituent une garantie. Mais ce premier niveau d'autocontrôle n'est pas toujours suffisant. Dans l'industrie pharmaceutique et, de plus en plus, dans l'agro-alimentaire, des vérifications sont effectuées par des personnels internes à l'entreprise avant de l'être par la puissance publique dont les agents contrôlent les contrôleurs internes des entreprises et vérifient les procédures comme les installations. Ce dernier niveau de contrôle est, par principe, totalement indépendant.

Certains secteurs de production de biens et de services devraient être pourvus de systèmes d'assurance qualité performants. L'efficacité et la fiabilité des systèmes administratifs préoccupent indubitablement l'opinion publique et constituent un enjeu politique ancien. Les administrations publiques devraient se doter des dispositifs d'assurance qualité dont elles sont généralement dépourvues.

E.- La transparence et les rapports avec le public

a) **La transparence est désormais érigée en principe**. En France, elle signe même un certain style politique, bien accepté par l'opinion, dominé par la volonté affichée de dire le vrai, même si le vrai est l'expression d'une incertitude. Ce point est critique en situation de précaution. Ainsi, des efforts importants ont été faits pour la transparence, notamment en matière d'alimentation, mais l'expérience se révèle douloureuse lorsqu'elle aboutit à des malentendus médiatiques qui déstabilisent l'opinion, ou à un déficit d'image injustifié⁵⁷.

La transparence n'est donc pas dépourvue d'inconvénients potentiels. Toutefois, outre sa dimension morale, et le fait qu'elle est réclamée par l'opinion, elle comporte d'importants bénéfices politiques. Elle peut, notamment, **contribuer à une meilleure répartition des responsabilités entre la puissance publique et les citoyens**. Ainsi, en général, les pouvoirs publics ont tout intérêt à définir clairement et de manière univoque, les moyens de l'étiquetage. Lorsque sa transparence est réelle, et s'il n'existe pas de problème de sécurité, le marché peut opérer. Ce sont alors les citoyens qui endossent la responsabilité d'assumer ou de ne pas assumer tel ou tel risque potentiel. Telle est sans doute une des leçons majeures à tirer de la crise des OGM et qui pourrait trouver une autre application avec les viandes hormonées. Lorsque le risque potentiel est infime, l'étiquetage des produits importés apparaît comme une alternative possible, afin d'éviter des mesures de rétorsion onéreuses dans le cadre des règles actuelles de l'OMC.

Au total, et s'agissant particulièrement des questions de précaution, la transparence est une condition indispensable d'un possible ré-équilibre des responsabilités entre l'État et les citoyens. Dans une France encore très centralisée, le réflexe des particuliers, des entreprises et des acteurs sociaux, en général, est très souvent d'en appeler à l'État. Il faut éviter que l'application du principe de précaution se traduise par un recours systématique à la puissance publique, chargeant plus encore la responsabilité de l'État là où celle-ci devrait être partagée avec les citoyens.

individus vaccinés pourraient les diffuser dans leur entourage. Ils sont encore soumis à examen par la CGBM. Une version possiblement améliorée du candidat vaccin contre le Sida, soumise pour examen début 1998, n'a reçu un avis positif qu'un an plus tard, l'avis étant assorti de demandes de contrôles supplémentaires conduisant à confiner les volontaires dans des chambres spéciales. Aux États-Unis, la FDA accepta l'expérimentation clinique avec la même préparation vaccinale, en 3 semaines, sans condition. Des impératifs de sécurité sanitaires peuvent ainsi se révéler en contradiction avec des exigences de santé publique. Le cas d'espèce invite à se demander si la perspective d'une mise au point d'un vaccin contre le Sida ne commande pas de prendre la décision d'assouplir certaines règles, surtout lorsque les risques qu'elles visent à prévenir paraissent infimes au regard des bénéfices collectifs attendus par la mise au point d'un tel vaccin.

57. Un système d'analyse et de suivi transparent et performant va, par exemple, dénombrer et faire connaître en France plus d'intoxications alimentaires que dans un pays où l'analyse et le suivi sont déficients ou peu transparents -ce qui autorise des interprétations hâtives ou de mauvaise foi. Sur la communication en situation de crise, voir, par exemple, P. Lagadic « Communication de crise, communication en crise », in: « Risque et Société », Nucleon, Paris (1999).

b) Une version simplifiée de la transparence la réduit à une simple obligation d'information vis-à-vis du public. En ce sens, la transparence peut être interprétée comme une stratégie des acteurs politiques ou privés qui s'abritent derrière le fait que leurs décisions ont été expliquées. Cependant, la transparence se définit surtout comme **la qualité d'un système qui rend son fonctionnement déchiffrable et compréhensible pour des individus qui lui sont extérieurs**. Dans cette acception, la transparence n'est pas indépendante de l'assurance qualité, car les systèmes qui utilisent des approches de qualité sont organisés pour être lisibles. La lisibilité de l'organisation et la volonté de fournir l'information constituent les deux propriétés indissociables d'un système qui se veut transparent. Ainsi, une société secrète parfaitement organisée est-elle aussi opaque qu'une administration proluxe en informations mais désorganisée.

L'**étiquetage** et la **traçabilité** sont des corrélats de la transparence dans tous les systèmes productifs. Un produit pharmaceutique est mis en circulation avec une notice qui comprend un certain nombre de renseignements et il en va de même pour une partie des produits agro-alimentaires. Les notions d'étiquetage et de traçabilité sont, en principe, susceptibles d'intéressantes généralisations. On peut -dans les limites autorisées par le principe de responsabilité- réfléchir à leur application à certaines décisions administratives ou politiques, en tant que produits issus d'un appareil complexe. Sous un autre angle, si on considère que les médias ne sont pas suffisamment transparents, on peut s'interroger sur l'étiquetage et la traçabilité des produits d'information, trop souvent livrés aux consommateurs sans être bien définis et sans que les origines de l'information soient indiquées ou vérifiables.

c) Enfin, le public doit être informé au mieux et son degré de participation demande à être clairement fixé par le pouvoir politique. Dès lors qu'il est susceptible de courir des risques, le public doit bénéficier d'un véritable **droit à l'information**. Ce dernier, concernant des risques avérés, est inscrit dans un certain nombre de lois. Le droit à l'information pourrait être étendu aux risques potentiels (du moins à ceux qualifiés d'« étayés »). Bien entendu, il a quelques limites, notamment en matière de secret industriel (voir plus bas). Le droit à l'information permet au public de juger de la transparence, c'est-à-dire non seulement de la bonne volonté d'informer, mais aussi de la qualité des systèmes en cause d'où dépend largement la confiance qu'il leur accordera.

Au-delà de la revendication d'être informé, le public manifeste le désir d'être **mieux associé** aux débats sur les risques avérés ou potentiels et, plus généralement, à l'usage qui sera fait des innovations. Ce désir de participation peut revêtir deux formes : contribuer au débat ou intervenir dans le processus de décision. Si la contribution au débat doit, sans doute, être mieux organisée, la revendication d'être associé plus avant au processus décisionnel pose un problème vis-à-vis de la représentation nationale. En tout état de cause, l'élargissement de l'espace public de débat devra être accompagné d'une explication sur la façon dont les fruits des débats seront pris en compte par les décideurs politiques.

F.- Les situations de crise

Il est rare que les crises surviennent de façon totalement imprévisible. On repère souvent, après coup, des signes avant-coureurs qui pouvaient donner l'alerte. La précaution n'opère presque jamais dans un contexte scientifique vierge. Comme l'affaire de la vache folle le montre bien⁵⁸, il existe toujours un certain savoir épars, qui se trouve plus ou moins rapidement mobilisé. L'une des fonctions de la veille est de rassembler ce savoir en permanence, ce que scientifiques et experts devraient faire de façon continue⁵⁹. En fait, dans les sphères spécialisées, les avis scientifiques convergent souvent de façon rapide vers la confirmation de l'éventualité d'un risque. Encore faut-il que cette information se diffuse ensuite. C'est surtout après que les problèmes se posent. D'abord, l'information doit diffuser dans des sphères scientifiques et socioprofessionnelles plus larges, comme le montre l'exemple du Sida en 1983-1984⁶⁰. Elle doit en outre être prise en compte par les intervenants qualifiés des mondes productif et administratif, alors que des intérêts économiques sont explicitement mis en jeu.

58. M.-A. Hermitte et D. Dormont, annexe 3.

59. Lors de la mise en cause, en France, du vaccin contre l'hépatite B soupçonné d'être associé à des cas de sclérose en plaque, il a fallu plusieurs semaines avant que les données statistiques sur les populations vaccinées et non vaccinées soient réunies.

60. De 1983 à 1985, le milieu médical français est resté très largement dans l'ignorance du risque Sida (cf. M. Setbon, « Pouvoirs contre Sida », Paris, Seuil (1996)). Il ne faut pas considérer la diffusion d'une information, même dans les sphères scientifiques, comme un phénomène passif. C'est au contraire un phénomène actif qui requiert l'intervention d'une chaîne d'acteurs.

L'efficacité et la robustesse des systèmes décisionnels est alors mise à l'épreuve. La traçabilité des produits est un élément clé de la résolution des crises. Lorsque la crise survient, il est évidemment trop tard pour la mettre en place de sorte qu'il est impossible d'évaluer l'ampleur de l'exposition de la population au risque, et de prendre des mesures de protection proportionnées en ne retenant que les produits ou les lots incriminés. Enfin, une certaine souplesse financière est nécessaire, tant au plan des mesures à prendre que des recherches à entreprendre. L'existence de fonds d'intervention pourrait y contribuer.

Ceci étant, **l'un des objectifs majeurs de la précaution est bien de prévenir les crises**. La publicité donnée aux crises sanitaires et alimentaires récentes ne doit pas pousser à un pessimisme excessif. On ignore, en effet, le plus souvent, toutes celles qui, grâce à des mesures judicieuses, ont été évitées et n'ont guère eu de retentissement médiatique. Dans l'optique de la précaution, ce sont les dispositifs permanents qui sont les plus importants. Ils sont mis à l'épreuve lors des situations de crise, mais l'éventualité de la crise doit faire partie du dispositif.

Il n'en va pas de même au plan international, où le problème des crises se pose de façon différente tant qu'une harmonisation -forcément lointaine- des procédures et des réglementations n'a pas été effectuée. Ainsi, sauf peut-être par le canal de l'OMS pour les phénomènes infectieux, il n'existe pas de véritable mécanisme d'alerte international. En cas de crise, la communauté scientifique internationale est d'ordinaire prête à collaborer⁶¹ ; encore faut-il lui en fournir rapidement les moyens financiers et même la possibilité⁶². Mais les investigations qui doivent être menées touchent bien d'autres sphères que la sphère scientifique et, notamment, le secteur productif (*cf.* l'exemple des farines animales). En général, elles ne sont ni organisées, ni nécessairement autorisées. Dans le domaine du médicament, il existe des droits d'inspection internationaux qui permettent à la FDA d'inspecter des installations européennes et *vice versa*. On pourrait imaginer, par extension, un droit d'ingérence sanitaire qui permettrait, en cas de crise, de conduire des audits internationaux, en rupture avec le principe de confiance réciproque qui prévaut aujourd'hui dans beaucoup d'échanges internationaux⁶³.

G.- Les dix commandements de la précaution

On peut extraire des considérations qui précèdent un certain nombre de principes de procédures susceptibles d'encadrer la réflexion et l'action. Ils sont présentés sous forme de dix commandements.

- 1) Tout risque doit être défini, évalué et gradué.
- 2) L'analyse des risques doit comparer les différents scénarios d'action et d'inaction.
- 3) Toute analyse de risque doit comporter une analyse économique qui doit déboucher sur une étude coût/bénéfice (au sens large) préalable à la prise de décision.
- 4) Les structures d'évaluation des risques doivent être indépendantes mais coordonnées.
- 5) Les décisions doivent, autant qu'il est possible, être révisables et les solutions adoptées réversibles et proportionnées.
- 6) Sortir de l'incertitude impose une obligation de recherche.
- 7) Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être non seulement appropriés mais cohérents et efficaces.
- 8) Les circuits de décisions et les dispositifs sécuritaires doivent être fiables.

61. Au total, la coopération scientifique internationale sur le Sida a remarquablement fonctionné. La polémique sur la priorité de la découverte du virus VIH-1 ne l'a pas sensiblement altérée.

62. Dans l'affaire de la vache folle (*cf.* annexe 2) il est arrivé que des scientifiques (anglais en l'occurrence) reçoivent l'indication de limiter la communication de données par leurs autorités nationales. Le problème se pose, au sens large, pour les experts (voir plus bas).

63. On ne saurait être exagérément optimiste à ce sujet lorsqu'on prend acte des freins considérables qui empêchent de contrôler par des inspections internationales l'exécution de la convention sur les armes chimiques et biologiques -domaine, il est vrai, sans doute plus sensible.

9) Les évaluations, les décisions et leur suivi, ainsi que les dispositifs qui y contribuent, doivent être transparents, ce qui impose l'étiquetage et la traçabilité.

10) Le public doit être informé au mieux et son degré de participation ajusté par le pouvoir politique.

H.- De nouveaux devoirs s'imposent aux acteurs sociaux

La prise en compte de tous ces impératifs requiert une adaptation des acteurs sociaux.

1) Il appartient au monde politique d'organiser et de régler ces évolutions, mais il doit aussi s'interroger sur sa capacité à gérer les affaires technologiques. La création de l'Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques a enfin doté la représentation nationale d'un outil d'évaluation, mais les modes de consultation des citoyens, qui peuvent aller des Conférences de Citoyens, telles qu'elles sont organisées au Danemark et, pour la première fois, en France en 1998, jusqu'aux référendums que connaît régulièrement la Confédération Helvétique, restent à ajuster. Enfin, le pouvoir politique doit analyser les structures et le fonctionnement des administrations et les réformer quand il faut, pour optimiser la sécurité, la prévention et la précaution, pour améliorer leur transparence et organiser le dialogue avec le public⁶⁴. Ceci requiert, notamment, que les hommes politiques soient particulièrement attentifs à la qualité de leur communication⁶⁵.

2) De nouvelles responsabilités s'imposent à l'institution scientifique. Celle-ci doit s'ouvrir au dialogue social, non plus seulement sur le mode explicatif (sur la science qui se fait) mais aussi sur le mode prédictif (sur ce que la science peut faire). Beaucoup d'efforts ont été consentis par les scientifiques pour s'ouvrir au public, mais dans le **registre didactique**. Il faut maintenant un **dialogue plus prospectif**, orienté sur les choix qu'il faudra faire plutôt que sur ceux qui ont déjà été entérinés. Cette nouvelle dimension implique un dialogue plus large et plus symétrique, qui débouche obligatoirement sur les questions de risque. Elle requiert de nouvelles pratiques concernant l'**expertise**. L'institution scientifique se doit d'y consacrer les moyens appropriés.

3) Les producteurs de biens et de services doivent mieux analyser certaines de leurs pratiques, et réfléchir aux critères qui les guident dans le choix des produits à développer, aux limites du secret industriel, ou même à celles de la publicité⁶⁶. Les réglementations sur le secret industriel ont été initialement élaborées au bénéfice du producteur afin qu'il soit protégé de ses concurrents. Il conviendrait de généraliser le principe (déjà appliqué dans des secteurs comme le médicament) selon lequel le secret industriel n'est pas opposable lorsqu'il s'agit de contrôler la sécurité du produit. Il existe des procédures, comme celles du secret partagé, qui apparaissent adéquates pour garantir la confidentialité.

4) En matière de choix et de risques technologiques, le public doit bénéficier d'un droit à l'information et d'une **information fiable**. La diffusion de l'information scientifique et technique a fait des progrès considérables et est infiniment meilleure aujourd'hui qu'elle ne l'était il y a dix ou vingt ans. Elle reste entachée d'un certain nombre d'incertitudes et d'inexactitudes. Si cette responsabilité n'est pas uniquement celle des médias, **les médias ne peuvent s'exonérer, au nom de la liberté de la presse, d'une analyse critique de certaines de leurs structures et de leurs pratiques.**

5) L'institution judiciaire ne peut manquer d'évoluer pour mieux prendre en compte les problèmes de technologie. Plusieurs affaires récentes ont montré les difficultés des juges à trouver leurs repères en raison d'un certain fossé culturel entre le droit, la science et la technique. Il conviendrait d'organiser des filières de formation mixtes, comme on l'a fait pour les magistrats chargés d'affaires financières, et d'établir des passerelles entre les professions de justice et les secteurs scientifiques et techniques (secteur médical notamment). En outre, la mise en place d'une expertise judiciaire performante dans les affaires ayant des aspects techniques difficiles est indispensable. Si, en situation d'incertitude scientifique, l'expertise judiciaire peut éprouver des difficultés à

64. La décision du Secrétaire d'État à la Santé concernant la suspension de la vaccination contre l'hépatite B en milieu scolaire était sans doute critiquable, mais, en tout état de cause, a été mal comprise.

65. À cet égard, l'usage médiatique du principe de précaution en dénature trop souvent la signification. Ainsi, en Octobre 1999, le ministre de l'agriculture, expliquant la position de la France sur l'embargo des viandes de boeuf britanniques, a déclaré en substance : « on applique le principe de précaution : dans le doute, on s'abstient ». Ce raccourci peut créer un malentendu sur le côté actif et opérationnel du principe de précaution que plusieurs auteurs résument par la formule inverse : « dans le doute, ne t'abstiens pas mais agis au mieux ».

66. Certains craignent que la précaution puisse fonder de nouvelles formes de publicité déloyale exploitant, à l'encontre des concurrents, des hypothèses de risques dépourvues de fondement.

aboutir à des conclusions formelles, elle doit néanmoins permettre au juge d'apprécier le contexte scientifique dans lequel la décision a été prise, ce dont l'expertise peut faire foi.

6) Enfin, les **citoyens** ne peuvent réclamer une extension de leurs droits sans que des devoirs s'inscrivent en contrepartie. Au droit à l'information répond ainsi un **devoir de s'informer**. À l'élargissement de l'espace public de débat correspond un devoir de tolérance et de respect des opinions de l'autre. Aux nouvelles exigences formulées envers les politiques répond un devoir de participation politique.

II.- La mise en œuvre pratique du principe de précaution

Les lignes directrices dégagées plus haut conduisent à faire du principe de précaution une véritable règle d'action. Les recommandations contenues dans ce chapitre visent à lui conférer une valeur opérationnelle qui exige la mobilisation de moyens nouveaux en matière d'expertise et d'évaluation des risques (A) et l'utilisation des dispositifs sécuritaires existants dans le sens d'une efficacité renforcée (B). Des mécanismes spécifiques devraient être élaborés pour la santé, l'alimentation et l'environnement (C), tandis qu'une attention particulière devra être portée à l'amélioration des relations avec le public (D).

A.- L'expertise et l'évaluation des risques en vue de la prise de décision

L'analyse des risques devrait précéder les crises plutôt que les suivre. Elle doit évoluer en fonction des données nouvelles, recueillies dans la littérature ou récoltées par les dispositifs de veille. Elle requiert une expertise approfondie et continue.

1. L'expertise scientifique en situation d'incertitude

a) Une expertise pluridisciplinaire et contradictoire

L'incertitude n'est pas synonyme d'absence de connaissances. Il faut au contraire rassembler le maximum de données, de publications et de faits épars. Les situations sont presque toujours complexes. Or, chaque expert ne détient qu'un segment de ce qui doit être reconstruit comme un tout. C'est pourquoi la pluridisciplinarité est indispensable. Elle seule permet de recomposer une réalité que l'abstraction propre à la démarche scientifique a simplifié. L'expertise scientifique fournit certes des connaissances au service de la décision mais, dans les situations de précaution où il opère aux frontières de la connaissance, **l'expert ne sait pas**. Il énonce, en fonction de ce qu'il sait, une opinion ou une conviction éclairées, mais qui ne sont pas exemptes de tout préjugé. Il transgresse donc, inéluctablement, les limites de son propre savoir et peut, de ce fait, être d'autant plus facilement contredit par ses pairs. L'expertise a donc pour double caractère d'être pluridisciplinaire et contradictoire. Sa légitimité vient de ce que « *la conviction responsable d'hommes reconnus comme compétents dans un domaine donné représente ce dont la société dispose de plus crédible pour fonder une action* »⁶⁷.

b) La place des opinions minoritaires et dissidentes

La recherche scientifique progresse souvent par rupture et il n'est pas rare que les auteurs d'une découverte aient été, pour un temps, les tenants d'une opinion minoritaire. S'il est essentiel de faire place aux avis dissidents, une position dissidente n'est évidemment pas une garantie d'exactitude, et chaque scientifique

67. Pour l'ensemble des questions d'expertises, voir P. Roqueplo, « Entre savoir et décision, l'expertise scientifique », Paris, INRA Editions (1997). Le système d'expertise collective organisé par l'INSERM et qui a produit une douzaine d'expertises sur des questions telles que les vaccinations, l'amiante, etc... constitue un premier pas tout à fait intéressant mais demande à être modifié et complété selon les modalités discutées ici. D'autres modalités intéressantes d'expertise contradictoire ont été proposées. Par exemple, l'exposé devant une sorte de jury, à la façon d'un procès ; ou encore, l'inversion de la défense des thèses, le tenant d'une thèse étant chargé de défendre la thèse opposée et *vice versa*.

minoritaire n'est pas Galilée. Le procès fait par certains à une science « officielle » fermée aux minorités et à la dissidence sous-estime le fait que la démarche scientifique -contrairement à la démarche politique- ne cherche pas à entretenir les polémiques. Bien au contraire, les controverses scientifiques ont vocation à cesser et cessent d'autant plus vite que la communication des informations et les capacités de vérification des observations sont plus rapides. Bien rares sont aujourd'hui les cas où des dissidences exactes ne sont pas rapidement incorporées dans le corpus de la science officielle. Concernant l'effet de serre, par exemple, un consensus s'est établi en peu de temps dans la communauté scientifique sur la crédibilité du phénomène.

En situation d'incertitude, il est essentiel, bien que délicat, de définir la place des opinions dissidentes. Certains proposent de leur donner une priorité absolue, ce qui ouvrirait la voie à toutes les errances. La résolution de cette difficulté se trouve dans la double nature des questions soumises à l'expertise, qui touchent à la fois au fond (la plausibilité de l'hypothèse de risque) et à la méthode (la rigueur des observations qui conduisent à formuler l'hypothèse). **Une opinion minoritaire appuyée sur une démarche majoritairement reconnue comme valable doit être retenue. En revanche, une opinion minoritaire fondée sur une démarche non majoritairement acceptée sera sujette à caution**⁶⁸. En d'autres termes, au plan de l'expertise scientifique comme des autres procédures de la précaution, la rigueur méthodologique devient une valeur dominante qui peut, et doit être, majoritairement attestée.

2. Accorder des moyens suffisants à l'expertise et à la recherche

a) Un déficit profond

Une expertise de qualité doit être pluridisciplinaire et contradictoire. Elle doit, autant qu'il est possible, précéder les crises -sinon permettre de les éviter- plutôt qu'être mise en place dans l'urgence. Ceci impose que l'expertise opère en continu. Elle doit couvrir les sujets les plus importants et nécessite des moyens appropriés⁶⁹. Traiter de la pollution atmosphérique, de celle des eaux, de l'effet de serre, des farines animales, des virus émergents, etc... exige l'intervention de centaines d'experts. Or, **l'expertise est, en France, très largement sous-dimensionnée**. Ainsi, la culture de santé publique y est médiocre par comparaison avec la Grande-Bretagne où les bénéfices et les coûts liés aux pratiques médicales sont beaucoup plus rigoureusement évalués⁷⁰. L'Académie des Sciences des États-Unis, évidemment mieux dotée que la nôtre, publie un nombre considérable de rapports sur les risques technologiques.

Les capacités d'expertise existantes ne sont pas suffisamment utilisées. La recherche fondamentale demeure peu tournée vers l'expertise et la veille au service des choix publics et les pouvoirs publics manquent d'appui en matière d'expertise externe. L'organisation actuelle de l'expertise est un frein à son développement. Les travaux sont peu ou pas rémunérés⁷¹ et l'expertise est vécue par les chercheurs comme une activité insuffisamment

68. C'est en raison de la médiocrité de la démarche expérimentale que la « Royal Society » britannique a disqualifié publiquement les travaux d'un chercheur qui tendaient à montrer la dangerosité, chez le rat, d'une pomme de terre transgénique (« Frankenstein food » pour la grande presse) (cf. ch. IV). De même, bien que de nombreux experts soient convaincus de l'absence de risques de leucémie spécifiquement liés à l'environnement du site de retraitement de La Hague, ils auraient majoritairement reconnu la plausibilité de l'hypothèse si l'article de Pobel et Viel avait été le fruit d'un travail méthodologiquement rigoureux (Cf. *supra*, note 5).

69. La Commission Nationale d'Evaluation pour le Nucléaire, créée par la loi du 30 Décembre 1991, comprend 12 membres, tous experts, qui consacrent en permanence à cette activité de l'ordre d'un mi-temps. Elle auditionne tous les organismes concernés et publie ses rapports. Elle dispose d'un budget de 3,5 MF par an. Le Comité de Précaution et de Prévention, créé en 1996 et placé auprès du Ministre de l'environnement et de l'aménagement du territoire, comprend une vingtaine de membres qui se réunissent une fois par mois pour traiter de façon approfondie d'un petit nombre de sujets spécifiques avec des moyens jugés globalement insuffisants.

70. Par exemple, il est frappant de voir combien la France semble peu concernée, au plan de l'opinion publique comme au plan de la recherche, par le problème du sel dans l'alimentation et son impact sur l'hypertension.; débat très actif dans les pays anglo-saxons, scandinaves et au Japon. Cf. P. Meneton, X. Jeunemaître et J. Menard, *La Recherche* (1998) n° 312, p. 50. De façon générale, la France a mis du temps à s'impliquer dans le mouvement anglo-saxon de l'« Evidence Based Medicine » qui cherche à rassembler la meilleure expertise possible pour évaluer de façon comparative l'efficacité des pratiques médicales. Une évolution sensible en ce sens a eu lieu récemment sous l'impulsion des pouvoirs publics.

71. Même les frais de mission sont souvent mal pris en charge. Il est fréquent que l'expert les débourse de sa poche et attende plusieurs mois (voire plus d'un an) le remboursement.

valorisée et chronophage. Ils sont donc peu incités à participer aux activités d'expertise au plan national comme au plan international ⁷².

Enfin, une véritable **veille scientifique** doit se mettre en place. Certes, la constitution des réseaux de vigilance a déjà permis d'unir plus étroitement les fonctions d'alerte et d'expertise. L'Institut de Veille Sanitaire (IVS) joue à cet égard un rôle essentiel qui doit encore être renforcé. Il doit pouvoir diffuser plus systématiquement ses observations et porter les spécialistes à être attentifs à un risque qui, s'il n'est pas toujours statistiquement significatif, peut révéler une tendance. La précaution exige une surveillance des risques potentiels. Elle n'a donc de sens que si l'IVS est soutenu par des pôles extérieurs indépendants pour les études de long terme, prises en charge par des chercheurs appartenant à des structures universitaires et à des organismes de recherche ⁷³ mobilisés pour permettre à l'IVS d'orienter ses dispositifs de surveillance. Dans certains secteurs, et notamment en matière d'environnement, la dispersion des structures de veille est trop grande et les moyens sont inégalement répartis ⁷⁴.

b) l'institution scientifique doit s'investir plus avant

À l'évidence, le déficit d'expertise ne peut être corrigé sans une implication forte de la communauté scientifique nationale. L'institution scientifique doit se soumettre à l'obligation de promouvoir le développement de l'expertise et d'en faire, en son sein, une activité reconnue.

Il convient d'abord d'identifier les personnels compétents et intéressés. Les organismes publics de recherche et les universités comprennent un grand nombre de chercheurs et d'enseignants ayant aujourd'hui le statut de fonctionnaire et dont une fraction pourrait s'engager dans ce type d'activité -et ce d'autant plus qu'à un moment de leur carrière, certains sont moins motivés par la recherche ultracompetitive que par le souci d'être socialement utiles. Ces chercheurs devraient néanmoins conserver leur appartenance à leurs établissements d'origine ou, au minimum, des attaches avec la sphère scientifique. Il conviendrait donc, au sein des organismes publics de recherche et des universités, d'opérer des aménagements de carrière et de créer une filière dotée des mécanismes de formation et d'évaluation appropriés. Cette filière devrait sans doute faire partie d'une filière de valorisation plus large (la valorisation faisant, depuis 1982, partie des missions de tous les organismes publics de recherche). L'activité d'expertise serait soit une activité de plein temps, mais pour une période limitée à un ou deux ans, soit une activité de temps partiel pouvant s'étendre sur plusieurs années, associée à des allègements de charge dans l'activité principale de recherche ou d'enseignement.

Encore faut-il que **l'expertise soit reconnue par l'institution scientifique comme une discipline à part entière**. La plupart des académies scientifiques, avec des moyens souvent insuffisants par rapport à la demande, rédigent des rapports d'experts qui, bien que publics, ne sont pas toujours bien diffusés. En revanche, les organismes de recherche sont parfois trop éloignés des préoccupations d'expertise. Ceci conduit, pour la France, à plusieurs considérations :

- L'institution scientifique au sens large doit reconnaître que l'expertise, telle que définie ici, entre dans ses missions et qu'elle doit y consacrer les moyens.

- Elle doit, pour ce faire, **créer une filière** pour les carrières de ceux qui s'engagent dans cette voie.

- Elle doit aussi **créer un système de publications** ⁷⁵.

72. Il est notoire, par exemple, que la représentation anglaise au sein des groupes d'experts de l'Union Européenne est beaucoup plus forte et influente que la française.

73. Tout particulièrement l'INSERM. Cf. « La restructuration des systèmes de veille et de sécurité sanitaires ; le rôle de l'expertise de l'INSERM ». Entretien avec J. Menard - INSERM Actualités, n° 164, Avril/Mai 1999, pp. 9-13. L'Institut Pasteur pourrait également servir de référent. Aux États-Unis, les écoles de santé publique sont également des relais pour l'expertise. Elles restent à créer en France.

74. O. Grzegorzulka et A. Aschieri notent, dans leur rapport (« Proposition pour un renforcement de la sécurité sanitaire environnementale », Novembre 1998) qu'en matière de risques technologiques, l'INERIS doit traiter de tous les secteurs d'activité industrielle, hors nucléaire, avec des moyens seulement trois fois supérieurs à ceux de IPSN (Institut de Protection et de Sûreté Nucléaire).

75. La veille requiert une adaptation du système des publications scientifiques habituel, trop exigeant en preuves rigoureuses. Lorsque les effets adverses de la Thalidomide alors utilisée comme sédatif furent pour la première fois remarqués, l'article scientifique qui les décrivait fut refusé pour publication, faute de preuves suffisantes et l'on perdit environ six mois. C'est depuis cet épisode que la revue « Lancet » publie des articles « d'alerte » avec un régime particulier. La publication de

- Elle doit s'appuyer sur les académies et, notamment, sur l'**Académie des Sciences** (qui possède déjà un système de publications actuellement sous-utilisé : Les Comptes Rendus). Celle-ci devrait non pas piloter l'ensemble des dispositifs d'expertise, mais se faire **le garant de la qualité du travail d'expertise**. L'institution scientifique devrait aussi réfléchir plus avant à **l'éthique de l'expertise**.

Ce renforcement massif de l'expertise pourrait nécessiter **la création d'une Agence d'Expertise Scientifique et Technique (AEST)** qui fournisse un outil de gestion et de coordination. Le mode de travail de cette agence pourrait tirer exemple du fonctionnement du Comité de Précaution et de Prévention⁷⁶ qui, avec des moyens modestes, a développé une méthodologie de l'expertise en situation de précaution proche de celle qui est ici préconisée.

c) l'indépendance des experts

L'indépendance des experts, au-delà de la question de transparence, soulève des problèmes illustrés de façon aiguë, et parfois caricaturale, par l'expertise internationale. Qu'il s'agisse d'opérer au sein de l'Union Européenne, ou dans les instances internationales telles que l'OMC, les experts reçoivent trop souvent l'instruction de défendre à tout prix les intérêts nationaux même si ces derniers peuvent être contraires à l'avis technique. Ces conditions, peu propices à l'objectivité, se traduisent par des jeux de pouvoir lors de la nomination des experts et, parfois par de curieuses pondérations au sein des comités, les représentations par nation primant les compétences individuelles. Cette possible confiscation de l'expertise au profil des intérêts nationaux, devrait être tenue pour illégitime, voire punissable, lorsque des vies humaines peuvent être mises en jeu. Une explicitation obligatoire du mandat des experts, une évolution du droit international pour prendre en compte les responsabilités liées à l'expertise (mandants et mandatés) et la création d'un organisme international d'expertise constituent des pistes de réflexion.

En tout état de cause, il convient avant tout, au plan national, d'**éclaircir le statut des experts**, ce qui peut être accompli par la **contractualisation de l'expertise**, évoquée plus bas à propos de la transparence. Tout contrat d'expert devrait énoncer son mandat et ses responsabilités. Bien que cette perspective puisse s'avérer dissuasive pour le recrutement d'experts de qualité, la mise en cause juridique des experts, en cas de faute d'indépendance avérée et contraire à la sécurité des citoyens, devrait être envisagée⁷⁷.

d) l'expertise scientifique doit être mise à la disposition des journalistes et des juges

L'expertise scientifique n'est pas un service confidentiel rendu aux décideurs. Elle doit, au contraire, être largement accessible, notamment aux journalistes. De ce point de vue, la création d'une Agence d'Expertise Scientifique et Technique permettrait de constituer des **pôles d'information fiables**, et donc contribuer à la transparence vis-à-vis du public (*cf.* plus bas).

La **communication** en matière d'expertise doit aussi être repensée. Pour autant que l'expertise doive être le plus souvent pratiquée de façon pluridisciplinaire, des prises de parole individuelles peuvent poser problème. Il en va de même de prises de position publiques faites, même de bonne foi, par des scientifiques non experts sollicités par les médias ou en mal de publicité. Il est curieux que l'institution scientifique qui, par le canal du jugement par les pairs, se veut rigoureuse pour la qualité des publications, l'évaluation des recherches et l'attribution des moyens, reste généralement sans réaction devant les prises de position publiques de certains scientifiques, parfois peu qualifiés, qui pourtant l'engagent. Lorsque des informations, même grossièrement inexacts, sont transmises au public, il se trouve trop souvent qu'elles émanent des scientifiques. L'institution scientifique doit donc se préoccuper, non pas de limiter le droit à la parole, mais de fournir des repères éthiques⁷⁸ et surtout de bâtir un système d'information crédible qui possède des capacités de réponse et serve de référence.

résultats négatifs, d'habitude jugée peu gratifiante et mal acceptée dans les revues scientifiques, peut aussi s'avérer très utile. Des appels à résultats pourraient être lancés et des résultats négatifs ou partiels collectés par exemple sur l'Internet.

76 Voir note 63.

77. M.-A. Hermitte, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », revue *Justices* (1997).

⁷⁸78. Ce que commencent à faire les organismes publics de recherche (CNRS, INSERM et INRA). Le Comité consultatif national d'éthique a, en 1995, émis un important avis (n° 45) sur les « questions éthiques posées par la transmission de l'information scientifique relative à la recherche biologique et médicale »

Enfin, la justice doit pouvoir s'appuyer sur une expertise scientifique et technique de qualité. L'institution scientifique devrait considérer qu'il entre dans ses missions d'aider l'institution judiciaire. L'extrême complexité technique des affaires dans lesquelles le principe de précaution peut trouver à s'appliquer confère désormais à l'expertise une influence décisive. Il convient, par conséquent, d'obtenir de nouvelles garanties de la qualité scientifique des résultats de l'expertise soumis à la sagesse du juge⁷⁹. Une réflexion conjointe entre les institutions scientifique et judiciaire devrait être menée pour définir les besoins et faire des propositions visant à renforcer la validité de l'expertise fournie à la justice⁸⁰.

e) La recherche

Il va de soi que l'obligation de recherche imposée par les situations de précaution requiert également des moyens significatifs et un investissement de la communauté scientifique. Cet objectif ne peut être atteint que si la recherche publique est forte, et mobilisable sur les problèmes scientifiques touchant à la précaution. Un **fonds d'intervention** pourrait être créé de façon à soutenir de façon plus souple les efforts de recherche, notamment en cas de crise.

3. Organiser systématiquement l'expertise en deux cercles

a) Nous estimons que l'analyse des risques doit être menée dans deux cercles interactifs, mais distincts. Le premier est composé exclusivement d'experts pratiquant une **analyse scientifique et technique**. Le second comprend quelques experts représentant le premier cercle, des économistes, des acteurs sociaux et des représentants du public. Il analyse les conclusions du premier cercle qu'il peut réinterroger sur des points jugés insuffisants ou obscurs. Son rôle principal est de procéder à une évolution bénéfice/risque qui comprend une **analyse économique et sociale**. Les conclusions des deux cercles, aussi consensuelles que possible, mais comportant les avis contradictoires confirmés, seront transmises aux décideurs.

La séparation en deux cercles correspond au fait qu'il existe deux catégories d'impératifs distincts mettant en jeu des acteurs différents. Il a maintes fois été observé que leur réunion nuisait à la réalisation des objectifs poursuivis⁸¹.

Saisi d'un problème donné, **le premier cercle** doit analyser et graduer les hypothèses de risque. Il retient celles qui sont jugées plausibles et qui entrent dans la catégorie des **risques potentiels**. Il refuse les autres, ce qui revient à annuler, au moins provisoirement, les risques imaginés. Il doit encore, en fonction des données existantes, décider si un seuil d'alerte est atteint et distinguer entre un **risque potentiel théorique** et un **risque potentiel étayé**. Il doit enfin comparer les risques d'action aux risques d'inaction.

Le deuxième cercle doit débattre à partir des conclusions du premier, qu'il peut réinterroger à sa guise. Il peut les réfuter ou les endosser. S'il les endosse, il préconisera de lutter en priorité contre les risques potentiels étayés. Le deuxième cercle doit livrer aux décideurs des **analyses économiques** (scénarios d'action et d'inaction) et les **positions arrêtées par les différents acteurs** après confrontation dans l'espace stratégique ouvert par la discussion économique. Il est aussi le lien privilégié d'une réflexion qui vise à insérer le risque dans un contexte plus général et donc à préparer, lorsque cela est utile, une globalisation de sa gestion.

b) Pour **l'organisation pratique**, l'Agence d'Expertise Scientifique et Technique sera gestionnaire des experts siégeant dans les deux cercles. Pour les expertises du premier cercle, l'AEST aura droit d'autosaisine, après consultation des agences oeuvrant dans les domaines de la santé, de l'alimentation et de l'agriculture. Elle opérera, selon les cas, soit comme maître d'œuvre, soit comme prestataire de services. Les analyses économiques et sociales du deuxième cercle seront conduites par des groupes comprenant des experts émargeant à l'AEST et des représentants de la société civile ou des administrations. Cette expertise du deuxième cercle pourra prendre

79. Des cursus de formation trop radicalement diversifiés en « littéraire » ou « scientifique » ont conduit, en France, à un véritable hiatus culturel qui sera probablement moins sensible dans les générations montantes. Il n'en reste pas moins qu'une réflexion sur les formations croisées (scientifiques-médicales-juridiques) ou complémentaires serait bienvenue.

80. En Mai 1999, l'AAAS (American Association for the Advancement of Science, qui publie la revue « Science ») a lancé un projet pilote de cinq ans pour fournir aux juges des listes d'experts compétents et neutres dans des affaires ayant des aspects techniques difficiles (informatique, exposition à des produits toxiques, etc...). Le projet provient d'une réflexion conjointe, menée en 1990, par l'AAAS et l'association américaine du barreau. Il a acquis de la visibilité lorsque la Cour Suprême, en 1993, puis en 1999, a incité les juges à agir en gardiens de la preuve scientifique, en refusant des témoignages d'experts qui n'auraient pas la qualité scientifique voulue (cf. « Science » (1999) 284, 1600).

81. Par exemple au sein de l'actuelle Commission de biovigilance.

des formes très diverses et inclure, par exemple, l'organisation de conférences de citoyens. L'AEST sera alors prestataire de services, les **maîtres d'œuvre étant les agences** opérant dans les domaines de la santé, de l'alimentation et de l'environnement. L'expertise scientifique et technique se trouve ainsi indépendante de l'expertise économique et sociale, et les deux sont largement indépendantes du politique.

e) Il nous semble utile de compléter ce dispositifs par **deux garants institutionnels**.

- Les Académies et, notamment, l'Académie des Sciences et l'Académie de Médecine (et, peut-être, une Académie des Technologies qui pourrait être créée) produisent, souvent à la demande du gouvernement, mais aussi par autosaisine, des rapports et des avis sur des questions de technologie et de santé publique⁸². Ces rapports, prisés à cause de leur indépendance, sont souvent bien documentés. Compte tenu du rôle important que doit jouer dans son ensemble l'institution scientifique pour soutenir l'effort national d'expertise, il serait bon d'associer les Académies pertinentes, non pas en tant que maîtres d'œuvre mais comme « garants » des expertises du premier cercle. De façon souple, un avis motivé pourrait être émis sur les produits d'expertise du premier cercle et joint à ces derniers, à moins qu'un avis soit rendu indépendamment sur les mêmes questions. Ce dispositif ne saurait opérer dans les situations de grande urgence, mais contribue au caractère contradictoire de l'expertise, fournit une garantie globale d'indépendance et ouvre l'accès à un réseau international d'académies étrangères.

- De façon symétrique, le Conseil Economique et Social pourrait servir de répondant aux expertises du deuxième cercle. Le CES, sans être le maître d'œuvre, pourrait émettre des avis motivés sur ces dernières, qui leur seraient joints. Certes, la composition et les modes de nomination des membres du CES pourraient évoluer de façon à ce qu'il soit plus représentatif de la nation. Mais il pourrait y avoir là une mission renouvelée et source de dynamisme pour une institution qui, dans les faits, émet aussi des rapports documentés et inclut en son sein de nombreux représentants de la société civile.

d) Cette organisation de l'expertise en deux cercles n'est pas nécessairement bien adaptée **aux situations de crise** qui doivent être gérées dans l'urgence par les pouvoirs publics. Notons cependant que le renforcement de l'expertise et de la veille que nous préconisons devrait conduire à disposer d'éléments d'appréciation sur la plupart des sujets importants. Il est remarquable de constater que nombre de crises récentes étaient en fait inscrites dans des phénomènes de long terme. Ainsi, les risques potentiels liés à la vache folle étaient identifiés bien avant la crise⁸³. Par conséquent, même si on ne peut se garantir contre l'imprévu, il doit être possible, moyennant un investissement suffisant dans l'expertise et la veille, de gérer beaucoup de problèmes à froid.

B.- Les conditions générales d'efficacité et de fiabilité des dispositifs de contrôle

1. Les normes

a) En matière de précaution, comme de prévention, les dispositifs sécuritaires s'appuient souvent sur des **normes** qui définissent les seuils d'acceptabilité par les administrations (quantité acceptable de plomb dans l'eau, dioxine dans les aliments, etc... mais aussi spécifications des installations et de certaines procédures). Tout n'est pas normé et certaines normes ont été élaborées pour des raisons commerciales et non sécuritaires. En l'absence de normes, les administrations sont amenées à prendre des positions autonomes.

La demande de précaution se traduit par un durcissement des normes de sécurité auquel concourt l'incessante amélioration des techniques de détection et d'analyse. Les normes en vigueur incluent souvent des marges de sécurité très importantes. Dans ces conditions, la transgression (accidentelle ou délibérée) de la norme est le plus souvent dépourvue de danger mais elle signale un dysfonctionnement. Une communication précise est alors nécessaire car le public est trop souvent égaré par des informations catastrophistes⁸⁴.

82. Notamment, « Pollution atmosphériques due aux transports et santé publique », « Alimentation et cancer », « Tabagisme passif », etc... Un rapport bien documenté sur les dioxines a été publié en 1994 (« La dioxine et ses analogues », rapport commun de l'Académie des sciences et du CADAS, Lavoisier, Paris (1994)).

83. Cf. M.-A. Hermitte et D. Dormont, annexe 3.

84. La détection de quelques becquerels à la surface d'un wagon de transport de déchets radioactifs, comme la presse l'a rapporté en 1998, ne présentait pas le moindre danger mais signalait une erreur (un employé a mal lavé le wagon, etc...) qu'il

Toutefois, les connaissances sont trop souvent lacunaires, notamment en matière de sécurité sanitaire des substances chimiques, même les plus utilisées (on ne dispose de connaissances suffisantes sur leurs effets toxiques que pour 7 % de ces dernières). D'importants efforts de recherche restent à accomplir sur des questions spécifiques (dangerosité de tel ou tel produit et procédé) ou intégrées (étude des systèmes et des écosystèmes).

b) L'absence de norme, en matière environnementale tout particulièrement, fait obstacle, en France, à une gestion efficace des risques. Il est vrai qu'il existe une difficulté scientifique à dégager des normes pertinentes. Aux États-Unis, cette évaluation des risques, plus développée pour l'environnement que pour la santé, a été fondée sur une méthode très formelle qui affecte un coefficient de risque à chaque produit⁸⁵. L'évaluation systématique des risques manque souvent de bases scientifiques réelles et s'insère dans une logique de choix de normes très exigeantes même si l'impact sur la santé humaine n'est pas vérifié avec certitude. Il s'agit donc d'une démarche de précaution typique, et incluse dans la notion de « risk assessment » qui domine aux États-Unis⁸⁶. Il incombe alors aux industriels de mesurer l'excès de risque induit par leurs produits, ce qui les conduit à faire la preuve de leur bonne foi, en montrant qu'ils ont tout fait pour ne pas causer de dommages à autrui. Les structures institutionnelles doivent prendre la mesure des impacts potentiels sur la santé des produits industriels et expliciter les motifs pour lesquels elles interdisent tel ou tel produit. Ce processus transparent et explicite est propice au débat, y compris juridique, même si les normes ne sont ni incontestables, ni parfaitement objectives.

La France doit, avec l'Europe, faire un effort de normalisation. Des mises en cohérence sont nécessaires. Différentes administrations peuvent avoir des exigences variables pour un même produit⁸⁷. En outre, le déficit d'expertise, déjà constaté, des services de l'État laisse trop souvent le pouvoir normatif aux mains des industriels. Ces derniers ont des moyens et des compétences internes qui leur permettent de se faire entendre au sein du comité européen de normalisation et de l'AFNOR et occupent une place prépondérante dans le processus de normalisation en amont de la réglementation. Les actions en cours au niveau européen s'inspirent souvent des méthodes d'évaluation pratiquées aux États-Unis ou par des instances internationales telles que l'OMS.

c) L'expertise normative et la défense des normes jouent un rôle majeur au sein des **instances internationales** telles que l'OMC. Les difficultés que rencontre l'Union Européenne à propos de la viande aux hormones, proviennent initialement d'un problème de normes dont on voit combien les conséquences sont lourdes. Les normes doivent pouvoir être révisées, mais leur modification doit être impérativement accompagnée d'évaluations économiques. Enfin, si tous les États se réservent un droit de refus des produits jugés risqués, tous ne sont pas capables de s'adapter à des normes de plus en plus exigeantes. Celles-ci peuvent donc devenir les instruments d'un protectionnisme injustifié si leur rigueur s'accroît sans gain de sécurité démontré. Ainsi, une internationalisation des contraintes édictées dans les pays développés pour des motifs de précaution dont la justification n'est pas certaine, est susceptible d'avoir des effets négatifs pour les pays pauvres qui pourraient bénéficier des technologies nouvelles⁸⁸.

était justifié de relever et de corriger. La question de savoir si elle méritait une large médiatisation est d'une autre nature. L'enjeu véritable aurait dû, en tout état de cause, être clairement énoncé.

85. Un rapport du Conseil National de la Recherche de l'Académie des Sciences des États-Unis, adopté en 1983, a aussi servi de cadre pour divers règlements, directives et recommandations, publiés en 1993 et 1994 par l'Union Européenne et l'OMS. Pour l'élaboration des normes, on distingue d'ordinaire les substances avec seuil d'effet ou sans effet de seuil. Pour ces dernières (dans lesquelles sont, par précaution, incluses toutes les substances cancérigènes) on procède par extrapolation dite « linéaire sans seuil ». À partir des données disponibles, on calcule l'« excès de risque unitaire » (ERU) qui correspond à l'excès de décès attendus dans une population constamment exposée sur une vie entière (70 ans) à une certaine dose d'un produit toxique ou présumé tel. On applique ensuite, un facteur de 10^{-6} , pour obtenir une dose qui provoquerait, au pire, sur une population d'un million de personnes, un décès supplémentaire, si tous les individus étaient exposés continûment. Ainsi est définie une forme de risque « acceptable » (Cicoello, « La Jaune et la Rouge », Juin 1999, page 11.

86. Ceci explique la réticence, voire l'incompréhension de certains interlocuteurs américains qui estiment qu'avec le principe de précaution, on leur demande d'ériger en principe ce qu'ils pratiquent depuis longtemps.

87. La concentration maximale admissible pour les sulfates dans l'eau du robinet est de 250 mg/litre. Cette règle ne s'applique pas aux eaux minérales naturelles qui en contiennent jusqu'à 2 g/litre. En Lorraine, l'ennoyage des mines riches en soufre charge l'eau du robinet en sulfate, ce qui conduit à la faire déclarer non potable et, par contrecoup, à pousser la population à consommer une eau embouteillée souvent plus riche en sulfate que l'eau ordinaire (cf. P. Hatemann, « Pour la Science » (1999) n° 263, 8-9).

88. Le rejet, au premier abord éthique, d'une médecine à deux vitesses entre pays développés et en voie de développement, peut avoir pour conséquence contestable d'imposer des produits beaucoup plus chers à des pays qui ne peuvent les acheter. La même remarque pourrait bientôt valoir pour les OGM produits dans les pays en voie de développement.

2. Les organisations

Les organisations en charge des dispositifs sécuritaires se trouvent pour une part au sein des entreprises qui par leurs activités ou leurs produits, génèrent un risque, même potentiel, et au sein des administrations chargées de la veille et des contrôles. Ces organisations doivent être proportionnées à leur tâche, efficaces et fiables, ce qui n'est pas toujours le cas, aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public.

On a noté plus haut l'utile tendance à **généraliser la démarche d'assurance qualité**. Celle-ci est plus développée dans le secteur privé que dans le secteur public. **Elle est toutefois insuffisante chez beaucoup de petits producteurs** (éleveurs et agriculteurs notamment) et **elle devrait devenir la règle dans les administrations publiques ayant à connaître de la précaution et de la prévention**. Certains départements administratifs ont déjà choisi cette voie (en décidant de se conformer à des normes de type Iso 9000) et entrepris, tel l'IVS, de développer l'expertise en interne par une réflexion sur les enquêtes et les systèmes de surveillance. La Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a également mis en place un système d'assurance qualité. Il conviendrait d'étendre ce mouvement et de prévoir des procédures d'audit plus systématiques. Des inspecteurs internes à l'Administration pourraient avoir pour mission d'évaluer à la fois la fiabilité et l'efficacité des procédures, ce qui ne devrait pas interdire l'appel à des cabinets privés⁸⁹.

Il serait en outre souhaitable de procéder à une analyse critique des moyens mis à disposition des divers secteurs de l'administration et sans doute de les rééquilibrer. Ainsi, le respect des normes suppose des moyens de contrôle adéquats. Il n'existe aujourd'hui, en France, que 800 inspecteurs placés auprès de la DGCCRF pour 500 000 installations classées.

L'efficacité des approches sécuritaires constitue aussi, dans sa globalité, un thème de recherche trop souvent dédaigné. Par exemple, il est frappant de constater qu'en matière d'aviation civile, le taux des accidents, de 1 sur 1 million, n'a pas diminué depuis vingt ans : toutes les améliorations techniques n'ont servi qu'à maintenir ce taux face à l'augmentation du trafic, sans que l'on comprenne pourquoi on atteint un seuil jusqu'à ce jour incompressible. Des recherches dans de nombreux domaines, y compris celui de la qualité des organisations, sont à encourager.

La France a déjà entrepris de nombreuses réformes qui ont considérablement modifié les structures administratives et le paysage réglementaire. Les dispositifs en place ont, en de nombreuses occasions, fait la preuve de leur efficacité, mais des améliorations restent souhaitables.

C.- Les dispositifs spécifiques pour la santé, l'alimentation et l'environnement

1. La santé

En matière de santé, la fonction de vigilance, qui repose sur le réseau des professionnels, a été dévolue à un système d'agences⁹⁰. Ces dernières capitalisent l'expérience acquise dans le domaine du médicament, qui est à bien des égards exemplaire. Ce réseau (pharmacovigilance, hémovigilance, matériovigilance et biovigilance) est désormais placé sous l'autorité de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS). Outre sa capacité d'expertise interne, l'agence fait appel à une expertise externe et contradictoire⁹¹. Plus particulièrement, l'AFSSAPS exerce sa fonction d'évaluation des risques en recourant à l'information épidémiologique fournie par l'Institut de Veille Sanitaire (IVS) qui permet d'enclencher les procédures d'alerte.

89. Des ébauches existent dans certains secteurs, sans répondre totalement au cahier des charges ici esquissé. Ainsi, l'expertise sur les pratiques thérapeutiques des établissements et des praticiens est assurée par l'ANAES dont les missions étendues (accréditation et évaluation en santé publique) pourraient déboucher sur une évaluation des choix de santé publique.

90. La loi n° 98-535 du 1er Juillet 1998, relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, a procédé à une réorganisation fonctionnelle du secteur de la santé selon un découpage qui distingue l'action sur les populations, sur les produits et sur les pratiques.

91. Les capacités d'expertise sont souvent fortes dans le secteur privé (au sein des laboratoires et des industries). L'avantage du système des agences est de confronter une expertise interne (d'un bon niveau et indépendante en raison du statut protecteur que confère l'appartenance à l'agence) et externe (parfois d'un meilleur niveau mais moins indépendante).

L'efficacité de ce dispositif sera d'autant plus grande que l'IVS doit surveiller les risques au travers des pathologies, tandis que, de façon complémentaire, l'agence est chargée de surveiller les pathologies au travers des risques. La sécurité des produits et des populations devrait ainsi être assurée conjointement, et les effets potentiels sur la santé devraient être rapidement circonscrits grâce au pouvoir de police sanitaire de l'AFSSAPS qui se traduit par le retrait d'un produit risqué du marché.

Un débat, déjà ancien en matière administrative, oppose les tenants de l'indépendance des organismes d'évaluation des risques vis-à-vis de ceux chargés de la gestion. Tandis que les partisans d'une conception plus intégrée de la sécurité affirment leur préférence pour l'exercice de ces deux fonctions par une structure unique⁹². Sans entrer dans les détails de ce débat, les avantages d'un système intégré, en matière de sécurité, paraissent tangibles. La réactivité et l'efficacité de l'AFSSAPS devraient venir de sa capacité à mener en interne les expertises indispensables, des fonctions de vigilance qui lui sont confiées et de son pouvoir de police qui permet le retrait immédiat d'un produit au nom de la santé publique.

La constitution de l'AFSSAPS doit instituer un dispositif de vigilance générale dont le coeur est l'IVS, chargé de mener l'expertise sur les données épidémiologiques. La mise en place d'une veille sanitaire marque un progrès décisif dans le fonctionnement des dispositifs d'alerte⁹³, même si le réseau de remontée de l'information sur lequel s'appuie l'IVS est encore en voie d'organisation. **L'épidémiologie** reste, en France, une discipline trop faiblement développée, très orientée vers la recherche et trop peu vers le suivi permanent des populations. Cette spécialité doit désormais davantage prendre en compte les impératifs de santé publique et faire l'objet d'une meilleure reconnaissance institutionnelle⁹⁴. La cohérence du système est assurée par le Comité national de sécurité sanitaire⁹⁵ qui coiffe aussi le dispositif de veille et de contrôle destiné à assurer la sécurité sanitaire des aliments et produits destinés à l'homme⁹⁶. Ce Comité a été créé trop récemment pour qu'un bilan puisse être dressé. Puisqu'il lui revient de faire des propositions au Gouvernement, il paraîtrait souhaitable qu'elles portent en priorité sur la définition des **seuils d'alerte** afin que les administrations en charge de la sécurité sanitaire disposent de critères explicites leur permettant de déclencher les procédures appropriées.

2. L'alimentation

On peut se demander si l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Aliments (AFSSA) a reçu les moyens de mener à bien ses missions dans un secteur d'importance économique considérable⁹⁷ où la perception des risques résiduels est très forte. L'agence a un pouvoir d'expertise mais son rôle se limite à donner un avis aux ministres⁹⁸. Le pouvoir de police concernant le retrait des aliments du marché demeure dans les mains du

92. C'est cette conception intégrée qui prévaut dans le domaine de la sécurité civile où un seul service, celui des pompiers par exemple, est chargé de la position d'évaluation des risques, d'alerte et de leur gestion.

93. En Mai 1999, le réseau a démontré sa réactivité. Une épidémie de listériose a été détectée au 3ème cas, alors que fin 1992, une épidémie de même type n'a été décelée qu'après 6 mois et a provoqué 60 décès.

94. Les praticiens n'ont pas l'habitude de notifier automatiquement les foyers infectieux. La tradition du secret médical et les lacunes persistantes de la formation des professionnels s'agissant des préoccupations de santé publique, sont autant d'obstacles à la création d'un réseau immédiatement performant. C'est, en outre, un truisme de rappeler que l'enseignement supérieur, en France, est pauvre en programmes d'évaluation et de gestion du risque sanitaire et que la formation des médecins en matière de santé publique est largement insuffisante.

95. Créé par la loi du 1er Juillet 1998, il réunit, sous la présidence du ministre de la santé, les directions générales des agences et de l'IVS et les présidents de leurs conseils scientifiques, ainsi que les représentants des directions centrales concernées par la sécurité sanitaire (DGS, DGCCRF, direction générale de l'alimentation, direction de la prévention de la pollution et des risques, direction de l'eau, direction des relations du travail).

96. Le comité veille à la coordination des structures afin que les administrations adoptent des méthodes communes d'évaluation et de gestion des risques. Il lui revient de faire des propositions au gouvernement pour modifier une procédure d'alerte par exemple. Il a commencé ses travaux sur les amalgames dentaires, la listériose et les alertes sanitaires, les rejets des établissements d'équarrissage et les problèmes liés à l'ESB et à la contamination des aliments par la dioxine.

97. Le chiffre d'affaires du secteur des produits de santé est de 100 milliards de francs environ et celui du secteur alimentaire, de 1000 milliards de francs.

98. L'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Aliments est un EPA sous la triple tutelle des ministres de la santé, de l'agriculture et des finances. Son rôle est d'évaluer et de prévenir les risques propres à la production des aliments. L'agence a une compétence pour les AMM des médicaments vétérinaires car leur administration à des animaux producteurs d'aliments peut entraîner la présence de résidus dans les denrées alimentaires destinées à l'homme. La directive 81-851 prévoit que les états interdisent la mise sur le marché de denrées provenant de tels animaux, sauf si la présence de résidus de ces médicaments dans les aliments d'origine animale ne présente pas un risque pour la santé humaine. La direction générale de l'agence détient

ministre de l'agriculture et de ses services de contrôle. La triple tutelle à laquelle elle est soumise pourrait ne pas favoriser sa réactivité. Son pouvoir d'expertise pourrait être fragilisé par le fait que les corps d'inspection et de contrôle en charge de la sécurité alimentaire ne sont pas sous l'autorité hiérarchique du directeur général. Les corps de contrôle -inspecteurs de la pharmacie, vétérinaires inspecteurs et agents de la répression des fraudes appartenant à la DGCCRF⁹⁹ - restent sous la dépendance hiérarchique des ministres compétents. Il conviendra donc d'évaluer l'efficacité du dispositif actuel dans un délai relativement bref pour décider s'il est utile ou non d'aligner son fonctionnement sur le modèle de l'autre agence.

Dans le domaine de l'alimentation, la vigilance est donc placée sous l'autorité de l'AFSSA¹⁰⁰, mais partagée avec l'AFSSAPS qui est à la tête de l'ensemble des réseaux de vigilance chargés de la remontée de l'information vers les agences et vers l'administration par le biais de la commission nationale de vigilance dans laquelle sont représentés les ministres¹⁰¹. Malgré cette prise en compte récente de la sécurité alimentaire, la réactivité du réseau est affaiblie du fait que **les industriels ne sont pas obligés de notifier le risque**. Les plus performants retirent d'eux-mêmes les produits du marché et en font un élément stratégique de leur publicité, mais quand tel n'est pas le cas, un préjudice grave peut être porté à la filière (le récent exemple du fromage d'Époisses constitue un cas d'école). La position de la France au sein des instances européennes doit être clarifiée au regard de l'obligation de notification des risques établis par les producteurs au plan européen (directive 92-59)¹⁰².

En outre, les contrôles sont encore très inégaux entre les pays (exemple de la dioxine belge). L'instauration de relations de confiance requiert l'assurance que les contrôles ont été effectués. L'impératif de souveraineté doit alors céder devant les exigences de sécurité : chaque pays doit accepter des démarches de qualité à l'intérieur de son Administration et des contrôles des procédures mises en œuvre par d'autres pays. Ceci vaut au plan européen mais pourrait être étendu au plan international.

S'agissant de la **distribution**, l'insuffisante traçabilité des produits peut conduire l'Administration à prendre des mesures disproportionnées par rapport à la réalité du danger (dans le doute, l'Administration interdit le produit partout), ce qui n'est pas sans dommage pour le producteur¹⁰³. Il faut sans doute imposer par voie réglementaire une traçabilité plus fiable pour être en mesure de retirer en cas de crise les seuls lots incriminés.

Enfin, il existe, en France, une commission de sécurité des consommateurs, pour les produits industriels mais non pour les produits alimentaires. Son fonctionnement pose problème : elle consulte librement des experts, mais ses débats ne sont pas publics et ses avis restent confidentiels, ce qui est peu efficace et inadapté aux exigences de transparence. De plus, les commissions de même type mises en place dans les pays européens n'échangent pas leurs avis respectifs. Il convient donc d'organiser la publicité de ces avis et leur transmission aux autres commissions nationales. Il faut aussi créer une telle commission semblable pour l'alimentation. Il

les compétences auparavant détenues par la direction générale du CNEVA (Centre National d'Études Vétérinaires et Alimentaires), fixe les normes applicables à l'expérimentation des médicaments vétérinaires et contrôle si les essais ont été conformes aux bonnes pratiques de laboratoires qui garantissent la qualité et l'intégrité des résultats des essais (critères énoncés par l'OCDE et intégrés au droit français avec valeur contraignante).

99. La DGCCRF a une culture axée sur la répression des fraudes, non sur le suivi du risque et du retrait du produit. Les moyens sont de 4000 personnes (800 en laboratoires, 3200 sur terrain, 15 agents par département).

100. Dans la mesure où les produits vétérinaires peuvent avoir un impact sur la santé humaine, un réseau de centre régionaux de pharmacovigilance vétérinaire a été mis en place. Il a pour correspondants des pharmaciens dans les CHU (31 en France) et dans l'industrie pharmaceutique et il existe un comité national de pharmacovigilance vétérinaire.

101. Chaque agence possède un réseau de remontée de l'information ce qui permet d'encadrer les risques liés à toute autorisation et ce pôle de vigilance est renforcé avec l'IVS. Le système de pharmacovigilance qui restait embryonnaire est développé et la réactivité du système est améliorée grâce à l'obligation de signalement qui s'impose à tous les praticiens. La coordination de la vigilance est prévue entre les agences qui doivent obligatoirement, aux termes de la loi, échanger les informations dont elles disposent (les délais particuliers sont d'autant plus courts que le danger est grave et que le produit concerné est susceptible de créer des dommages irréversibles). Cette coordination doit donc être assurée par l'administration centrale sous l'autorité du ministre.

102. La résistance des producteurs vient du fait que la notification obligatoire ne peut les exonérer de leur responsabilité. Aux États-Unis, il y a une obligation de diligence de l'entreprise. Le signalement sous forme de notification est impératif sinon l'État fédéral porte plainte, l'amende est énorme avec, en outre, une communication très large (maintenant sur Internet) des risques avérés. Un dispositif du même ordre devrait être imaginé.

103. Ce problème a été clairement mis en évidence lors de l'affaire des poulets belges à la dioxine et, de façon plus caricaturale, lors du retrait imposé à Coca-Cola après qu'une intoxication en Belgique ait jeté le doute sur une contamination de certains lots de canettes.

serait par ailleurs souhaitable de constituer une commission européenne des consommateurs qui devrait être destinataire des avis des commissions nationales¹⁰⁴.

3. L'environnement : nécessité de créer un Institut de Veille Environnementale (IVE)

On abordera ici le problème de l'environnement sous l'angle majeur, mais restrictif, de son rapport à la santé humaine. Malgré la nouvelle structuration des agences sanitaires, la surveillance demeure incomplète car certains risques, dont l'impact sur la santé n'est pas marginal, ne sont pas pris en charge. Il n'y a ainsi pas d'expertise cohérente pour les risques environnementaux, notamment chimiques, qui demeurent mal connus et les dispositifs de contrôle ne sont pas satisfaisants¹⁰⁵. La toxicologie reste une spécialité peu développée et la toxicovigilance n'est rattachée à aucune structure. Par ailleurs, un trop grand nombre d'organismes n'appréhendant qu'un aspect limité de ces risques sont aujourd'hui chargés de l'évaluation¹⁰⁶. La cohérence de l'ensemble est insuffisante. Ainsi, les centres antipoison informent uniquement la direction générale de la santé et n'ont même pas obligation d'alerter en cas de problème. Il serait sans doute souhaitable de les rattacher à l'IVS.

Le lien entre la santé et l'environnement doit être mieux appréhendé et, s'il existe déjà, des plans d'action santé-environnement dans les services déconcentrés de la Direction Régionale de l'Action Sanitaire et Sociale (DRASS) et de la Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale (DDASS), soutenus par l'action des Directions Régionales de l'Environnement (DIREN), il conviendrait de favoriser l'émergence d'une vision plus globale des conséquences sur la santé des risques environnementaux. Aujourd'hui, la politique de l'environnement doit inclure la prévention des risques sanitaires, ce qui implique de mesurer précisément les impacts sanitaires des dégradations de cet environnement et d'anticiper les risques émergents¹⁰⁷. Cette vigilance est aujourd'hui exercée en ordre dispersé par une multitude d'organismes et d'observatoires¹⁰⁸ dont les méthodes de mesure, à l'exception de l'eau et de l'air, ne sont pas assez développées. Quant aux moyens mobilisés pour l'évaluation de ces risques, ils demeurent beaucoup trop faibles¹⁰⁹, même si certaines structures d'aide à la décision effectuent, à leur initiative, des travaux d'évaluation des risques¹¹⁰. Ainsi, le comité de prévention et de précaution, créé à l'initiative du ministre de l'environnement et placé sous sa tutelle, a pour objet la veille et l'alerte sur les questions d'environnement qui peuvent avoir incidence sur la santé humaine¹¹¹. L'absence de

104. Par ailleurs, un dialogue des consommateurs européens et américains a récemment été organisé dans le cadre du TACD (TransAtlantic Consumer Dialogue).

105. Sur 70 000 produits utilisés, seulement quelques milliers sont étudiés sur le plan de la toxicologie. Certaines institutions en charge du développement de la filière sont également responsables de son contrôle sanitaire. Leur indépendance pourrait alors être fragilisée et l'impartialité de leur expertise contestée. Ainsi, l'INRS, chargé d'évaluer les risques liés aux substances chimiques utilisées par les entreprises, est cogéré par les industries qu'il doit contrôler et le ministère de l'environnement n'est présent que par le biais d'une commission de toxicité.

106. La recherche publique est dispersée (CNRS, INSERM, Institut Pasteur de Lille pour la toxicologie génétique, INRA et CNEVA pour la toxicologie alimentaire, INRS pour la toxicologie professionnelle, INERIS pour la toxicologie respiratoire). La toxicologie n'est pas une discipline bien reconnue sur le plan universitaire. En revanche, l'épidémiologie est en voie de développement avec l'IVS et la toxicologie environnementale se développe autour de l'INERIS même si, pour le moment, le nombre des experts est insuffisant (la commission de toxicologie alimentaire manque d'experts).

107. Pour l'eau, il existe un réseau national des données. La loi du 30 Décembre 1996 donne un statut à des réseaux de mesure de la qualité de l'air tandis que, pour les sols, un tel réseau est en cours de constitution.

108. BRGM, CEMAGREF, IFREMER, ADEME, agences de l'eau et IFEN pour ne citer que les plus connus.

109. On compte 300 personnes à INERIS et 150 à INRS, auxquelles on peut ajouter quelques équipes présentes dans d'autres organismes publics (IVS, CSTB, INRETS et INSERM) ce qui représente au total 500 personnes pour les risques accidentels et chroniques.

110. CPP, CU à la consommation, conseil supérieur à la prévention des risques professionnels, conseil national du bruit, etc... Cette dispersion des structures conduit manifestement à la redondance et à la concurrence, comme le note le rapport parlementaire santé-environnement : « *Rattachés à des ministères différents, elle reçoivent une partie de leurs commandes de leurs autorités de tutelle, l'autre partie de leur activité découlant de leur auto-saisine. L'absence de coordination de la tutelle est source de concurrence entre organismes qui peuvent être saisis concomitamment ou successivement de problèmes similaires* ».

111. Ses missions paraissent semblables à celles du conseil supérieur d'hygiène publique de France.

procédures de veille et d'alerte centralisées en la matière¹¹² et la nécessité de fédérer l'expertise au sein d'une même instance, invitent à soutenir la proposition, contenue dans un rapport parlementaire¹¹³, de créer un **Institut de Veille Environnementale (IVE)**.

Cet IVE devrait être distinct de l'IVS. Si l'IVS peut, en effet, dans un dispositif de sécurité sanitaire, contribuer à une veille environnementale, il ne peut surveiller toutes les pathologies environnementales dont l'étude suppose des instruments techniques de mesure des risques. Or, la métrologie, la toxicologie, l'épidémiologie appliquées à l'environnement, sont autant de disciplines peu développées en France, contrairement aux États-Unis. Il ne paraît pas, en outre, souhaitable de diluer les compétences de l'IVS au moment où elles commencent à se constituer et où le déficit d'évaluation des risques sanitaires est en voie de se résorber. Enfin, il demeure difficile d'embrasser l'ensemble des risques sanitaires liés à l'exposition environnementale, et l'impact des phénomènes environnementaux sur la santé et le bien-être est délicat à mesurer (bruit...)¹¹⁴. Il convient donc de mettre en place un IVE distinct de l'IVS. Toutefois, les deux structures devraient collaborer.

Alors que l'environnement restait le grand absent de la loi de 1998 sur la sécurité sanitaire, l'annonce gouvernementale de la création d'une agence santé-environnement devrait combler cette lacune. Cette agence devrait prendre en charge la surveillance et l'expertise des risques liés à l'environnement afin de compléter le dispositif de sécurité sanitaire actuel¹¹⁵. Sa création et celle de l'IVE devraient être accompagnées de la suppression de toutes les structures redondantes¹¹⁶.

D.- Améliorer la transparence et aménager les rapports avec le public

La transparence a de multiples facettes dont deux peuvent être privilégiées : la **traçabilité**, en tant que caractéristique des systèmes de production et de distribution, et l'**étiquetage**, comme mise à la disposition d'autrui des informations pertinentes. La traçabilité est incluse dans la démarche, plus générale, d'assurance-qualité et l'étiquetage n'est qu'une des formes d'information. Traçabilité et étiquetage n'épuisent pas la transparence. Ils constituent deux fils directeurs propres à faciliter l'identification des problèmes et des responsabilités dans tous les systèmes qui génèrent des produits. Dans l'acception large retenue ici, une décision administrative, le fruit d'un travail de recherche et le journal télévisé constituent des produits étiquetables et traçables au même titre qu'un médicament ou un yaourt. À l'aide de cette grille simplifiée, le degré de transparence des diverses activités sociales qui participent à la précaution peut être mesuré¹¹⁷.

1. La recherche

La recherche est moins transparente que les chercheurs ne l'imaginent et que ne le souhaitent les citoyens qui financent la recherche publique. En tant que système de production de connaissances, celle-ci est globalement transparente pour ce qui touche aux mécanismes d'évaluation et aux systèmes de publication qui font appel à des expertises extérieures, indépendantes, et souvent internationales. Ces dispositifs ne sont pas à l'abri de toute critique. Le jugement par les pairs fournit une forme de contrôle de qualité mais il n'est pas étanche aux erreurs.

112. L'INRA peut avoir une fonction d'alerte, mais celle-ci ne fait pas partie de sa mission institutionnelle. Il ne serait pas sans risque d'en faire une obligation juridique, sous peine d'inviter les chercheurs à signaler le moindre risque pour dégager leur responsabilité. L'expertise sur les risques doit être séparée de la recherche, même si cette dernière doit y contribuer.

113. Rapport de O. Grzegorzulka et A. Aschieri, « Proposition pour un renforcement de la sécurité sanitaire environnementale », Novembre 1998.

114. Ces risques environnementaux sont pris en charge, pour le moment, par les ministères de la santé, de l'environnement et de l'industrie.

115. L'article 13 de la loi du 1er Juillet 1998 la prévoyait déjà. Elle résulte de la prise de conscience que les pollutions liées aux transports et aux activités industrielles et agricoles constituent des enjeux de santé publique.

116. Cf. Editions du Juris-Classeur (1999). Note concernant le projet de création de l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale.

117. On pourra consulter sur ce point le Rapport du Collège de Prévention des Risques Technologiques, « La Documentation Française », Paris (1994).

On peut souhaiter une meilleure explicitation des projets de recherche, surtout lorsqu'ils visent des applications¹¹⁸. Engager, dans la limite du raisonnable, les chercheurs à expliciter leurs projets, à les planifier, à tenter de prévoir leur impact et à débattre ouvertement de leurs options en matière d'applications, pourrait améliorer l'intégration de la recherche dans l'espace public¹¹⁹. Les publications scientifiques sont, par ailleurs, hermétiques pour les non-spécialistes. L'importante question de la mise en forme de l'information scientifique à destination du grand public (l'équivalent d'un étiquetage intelligible) devrait être prise en compte de façon plus systématique¹²⁰ par l'institution scientifique. Une vulgarisation de très bonne qualité est réalisée par des revues spécialisées et dans les rubriques de plusieurs journaux. Elle reste notoirement déficiente à la télévision. En aval, une partie des efforts de recherche et de développement restent confidentiels. Contrairement à une idée répandue, les brevets sont des publications et contribuent à la transparence, bien qu'il existe des marges de confidentialité¹²¹. Le secret industriel concerne alors beaucoup plus les procédés de fabrication et les « tours de main » que la recherche sur des produits nouveaux¹²².

2. L'expertise

Les insuffisances quantitatives et qualitatives de l'expertise ont été soulignées et l'effort important que devrait consentir l'institution scientifique a été rappelé. Il reste à évoquer l'indispensable transparence qui doit, au premier chef, s'appliquer aux experts eux-mêmes. L'indépendance de l'expertise est inévitablement contestée lorsqu'elle n'est pas garantie. Dans bien des commissions officielles, aucune incompatibilité n'a été prévue pour les experts ayant des liens étroits avec l'industrie. De façon systématique, chaque expert devrait **déclarer annuellement** ses prises d'intérêt personnels ; ses affiliations, y compris académiques, et ses compétences précises devraient être connues¹²³. Ces informations pourraient figurer dans des registres consultables, sous certaines conditions, à l'AEST.

118. D'intéressantes analyses sociologiques ont été publiées sur les milieux de la recherche, (*cf.*, par exemple, F. Bourdieu : « Les usages sociaux de la science. Pour une sociologie clinique du champ scientifique », Paris, éditions de l'INRA, (1997)) et des ethnologues ont proposé d'étudier, au plan des motivations notamment, ces tribus de chercheurs (biotechnologues par exemple) qui choisissent de développer telle ou telle application plutôt que telle autre, prenant ainsi, pour d'autres qu'eux, des options sur l'avenir. (P. Richards & G. Ruivenkamp : « Nature and Society », éditeurs : P. Descola et G. Palsson, Routledge, London-New York, 1996, pp. 275-295).

119. Il serait tout à fait possible, comme cela est évoqué dans certaines sphères dont celle de l'INRA, que les chercheurs procèdent, avant le démarrage de tous les projets de recherche importants, à des études d'impact et au chiffrage des mesures environnementales pour que les décideurs et l'opinion publique aient des moyens d'arbitrage. L'INRA dispose d'économistes qui, en relation avec le pôle universitaire de Paris I et le CNRS, pourraient mobiliser leurs compétences à cet effet, ce qui aurait l'avantage de mettre en place une véritable structure d'évaluation des politiques publiques. Dans un tout autre domaine, beaucoup considèrent comme exemplaires les actions d'information accomplies par l'Agence Nationale de Recherche sur le Sida, en direction des personnes touchées par la maladie.

120. Notamment pour ce qui est du grand public. Toutes sortes d'initiatives peuvent être prises. À titre d'exemple, les astrophysiciens, se calquant sur l'échelle de Richter pour les séismes, ont élaboré l'échelle « de Turin » qui calibre les conséquences de la collision d'astéroïdes avec la Terre (« Science » (1999) 285, 655).

121. En Europe, on ne peut, à l'heure actuelle, breveter ce qui a été publiquement divulgué, mais toute demande de brevet est publiée dix huit mois après le dépôt. Aux États-Unis, un délai de grâce d'un an permet de déposer un brevet après divulgation (par communication orale dans un congrès, par exemple). L'existence de ce délai de grâce est plus propice à la transparence mais la demande de brevet reste secrète jusqu'à ce que le brevet soit délivré, ce qui peut prendre plusieurs années. L'Office Européen des Brevets est saisi d'un projet visant à introduire un délai de grâce dans le brevet européen, initiative qui, ne serait-ce qu'au plan de la transparence, mérite d'être soutenue. (*Cf.* « Réflexions sur la propriété industrielle », Rapport à M. C. Allègre, élaboré par un groupe de travail présidé par M. A. Gallochat, Décembre 1998).

122. Les brevets sont quasi indispensables dans les secteurs où les temps de développement sont longs (par exemple, biotechnologies et médicament, où il n'est pas rare qu'il faille 7 à 10 ans pour développer un produit). À l'inverse, l'industrie informatique s'est développée avec assez peu de prises de brevets, la compétitivité étant fondée sur la rapidité d'accès au marché, les développements étant alors conservés secrets.

123. Les directives européennes sont très précises s'agissant de l'indépendance des experts pour certains domaines. La directive 81-851 pose, s'agissant de la constitution d'un dossier d'AMM, l'obligation d'un rapport d'expert sur chaque document de recension des essais et décrit quel doit être le rôle de l'expert par type d'essai. L'article R.5119 sur le médicament humain, qui transpose la directive 81-852, dispose que : « *les experts doivent disposer des moyens propres à l'accomplissement des travaux d'expertise, présenter les garanties d'honorabilité nécessaire et n'avoir aucun intérêt financier direct ou indirect, même par personnes interposées, dans la commercialisation des médicaments faisant l'objet de leurs expertises* ». De façon plus subtile, cet étiquetage des intérêts et des compétences devrait être plus explicite lors des prises de positions publiques (orales ou écrites) individuelles et non contradictoires qui peuvent avoir un impact médiatique important, alors que le niveau d'expertise est indéfini.

La déclaration d'intérêts par les experts est une règle d'or de la transparence. Cependant, cette règle ne suffit pas. Les conditions de réalisation de l'expertise sont décisives. En France, on fait généralement appel à des universitaires et des chercheurs, dans des conditions de bénévolat ou de médiocre rémunération, ce qui permet de disposer de compétences larges¹²⁴. En revanche, les travaux d'expertise (menés « en plus », souvent le dimanche) courent le risque d'être conduits de façon superficielle ou surtout lente. L'expertise devrait être systématiquement contractualisée. Cette contractualisation serait de nature à expliciter les **droits**, les **devoirs** et les **responsabilités** de l'expert. Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit convenablement rémunérée. Ces dispositions devraient améliorer l'efficacité comme la transparence. Dans certaines circonstances, la contractualisation peut permettre de protéger l'expert dont les avis entrent en conflit avec des entités qui lui en font grief.

La constitution de comités d'experts devient difficile lorsque les prises d'intérêt sont trop nombreuses. Les chercheurs étant, en France comme ailleurs, fortement encouragés à collaborer avec le secteur privé, cette tendance ne peut que s'accroître. L'appel à des experts étrangers ne constitue une solution que s'ils sont eux-mêmes libres d'intérêts, ce qui est loin d'être toujours le cas. Par ailleurs, la connaissance du secteur privé contribue à améliorer très significativement la qualité de l'expertise (de nombreux chercheurs, par exemple, méconnaissent gravement les contraintes réglementaires auxquelles sont soumises les entreprises et peuvent, de ce fait, rendre des avis incorrects). Les prises d'intérêt explicites ne sont potentiellement dangereuses que si elles peuvent conduire à une connivence ; contradictoires, elles tendent à se neutraliser¹²⁵. Au total, l'important, en matière de « comitologie », n'est pas seulement de veiller à équilibrer la composition des comités. On peut préconiser l'introduction, dans certains comités, d'observateurs chargés de veiller à la transparence, mais non impliqués dans les débats d'experts de premier cercle (l'analyse scientifique), ou encore l'organisation de séances publiques. Dans le deuxième cercle (centré sur l'analyse économique), la présence de représentants de la société civile constitue une garantie suffisante. La publication des avis est encore un gage de transparence¹²⁶.

La traçabilité et l'étiquetage des produits d'expertise sont mésestimés. En matière de précaution, l'expertise devrait inclure un état aussi objectif que possible des connaissances du moment. Ce **repère historique** pourra être ultérieurement utile à l'action des juges (on se souvient des difficultés de reconstituer l'état des connaissances en 1983-1985 dans l'affaire du sang contaminé). Les expertises devraient être produites dans un format déterminé, publiées, référençables, accessibles au public et aux journalistes, et périodiquement remises à jour.

Enfin, il faut, en situation d'impossibilité de garantir absolument l'indépendance de l'expertise externe, mieux séparer l'expertise de la décision politique pour que l'expert ne devienne pas le décideur. Une meilleure collaboration entre experts et décideurs doit également s'appuyer sur une meilleure coordination interministérielle. Les querelles entre certaines administrations et certains ministères (par exemple, agriculture et santé) sont notoires et peuvent compromettre gravement la définition d'une position commune et compréhensible au niveau de l'État. Ce manque de cohérence peut nuire à l'État non seulement dans son rapport de transparence avec le public mais aussi dans les instances internationales ou dans sa défense face aux juges.

3. La production des biens matériels

Les problèmes de traçabilité et d'étiquetage sont au coeur de la plupart des affaires qui ont récemment agité le secteur agro-alimentaire (vache folle, boeuf aux hormones, poulet à la dioxine et, dans un registre un peu différent, les OGM). L'agro-alimentaire tend à s'aligner sur l'industrie du médicament, où la traçabilité des produits est excellente. La production agro-alimentaire de masse (avec ses avantages en termes de diminution des coûts et d'homogénéité de qualité) présente des risques nouveaux pour la santé et l'environnement. La sécurité alimentaire n'a jamais été aussi élevée en France, mais elle peut encore progresser. La transparence doit être améliorée par l'introduction des procédures de traçabilité et d'assurance qualité¹²⁷. Dans les petites

124. Aux États-Unis, les experts de la FDA sont des fonctionnaires de l'agence, mais leur nombre et donc leurs champs de compétence sont nécessairement limités. Ceci est partiellement compensé par la plus grande mobilité des personnels aux États-Unis.

125. Dans certains pays, dont les États-Unis, on demande souvent aux experts ayant des affiliations privées déclarées de participer aux discussions, mais non aux votes qui débouchent sur des recommandations importantes. Cette règle a un effet pervers lorsqu'elle écarte du vote la majorité des experts compétents.

126. Aux États-Unis, les publications au Federal Register sont assorties d'un droit d'observation, ouvert à tous (américains ou non américains) et les observations sont publiées.

127. L'un des problèmes du boeuf aux hormones provenant des États-Unis est que la traçabilité y est insuffisante, en partie parce que les éleveurs gèrent leurs bovins par groupes et que, le fermier américain est maître chez lui. Les contrôles commencent à l'abattoir et il est difficile de mettre en place une traçabilité qui identifie chaque animal.

entreprises et les productions artisanales, cette démarche peut présenter des difficultés et des actions pédagogiques sont sans doute à encourager.

4. L'Administration et le monde politique

La transparence des cercles administratifs et politiques est souvent mise en doute par le citoyen. Un progrès majeur serait l'introduction généralisée, déjà évoquée plus haut (II-B.2) d'une **démarche d'assurance qualité** qui améliorerait la traçabilité et la lisibilité des décisions administratives et politiques. Il est urgent de corriger une des conséquences perverses du traitement judiciaire de l'affaire du sang contaminé, qui risque de projeter une certaine opacité sur des dossiers sensibles. Ainsi, les communications orales (par téléphone) sont-elles préférées aux communications écrites, afin d'éviter la production de documents qui puissent être interprétés à charge. La mise à disposition des informations administratives légitimement accessibles au public devrait être améliorée.

Un autre déficit de transparence des administrations et du politique provient d'un défaut d'organisation. L'administration centrale doit acquérir plus de visibilité dans l'action¹²⁸ et se concentrer sur ses fonctions essentielles de conception stratégique des politiques. Sa réactivité sera d'autant plus forte qu'elle aura délégué certaines fonctions opérationnelles aux agences et pourra se concentrer sur leur pilotage. L'action des agences doit, en effet, être orientée en fonction des choix politiques effectués. Une agence peut développer une ligne de conduite en fonction du secteur dont elle a la charge mais chaque agence n'a qu'une vue partielle de la sécurité sanitaire. Il revient donc bien à l'administration centrale d'avoir une stratégie globale et de coordonner l'action de tous les secteurs¹²⁹.

5. Le système médiatique

La médiocre transparence des médias n'est paradoxale qu'en apparence¹³⁰. La transparence est pourtant critique dans les affaires de précaution qui, situées aux frontières de l'incertain, peuvent donner lieu à toutes les dérives et requièrent d'être traitées avec la plus grande rigueur. Des pratiques malheureusement courantes¹³¹ peuvent avoir un impact médiatique important. La profession paraît consciente des difficultés mais réticente vis-à-vis de certaines évolutions, avançant notamment que les problèmes se situent moins au plan déontologique qu'au plan des conditions de travail et du contexte socio-économique. Ajoutons que le nombre de journalistes scientifiques est, en France, insuffisant et que leurs moyens sont trop limités. Les rapports des journalistes avec la communauté scientifique et leur familiarité vis-à-vis des mécanismes qui opèrent au sein de cette dernière pourraient être améliorés. Si la création d'une Agence d'expertise scientifique et technique (AEST) est de nature à fournir de l'information qualifiée, l'absence, du côté des médias, d'une Agence de presse scientifique fait défaut. Il serait hautement souhaitable qu'une telle agence voie le jour, avec l'aide, si nécessaire, de fonds publics.

Un rapport récent consacré à la déontologie de l'information contient un certain nombre de propositions dont plusieurs méritent d'être particulièrement soutenues. Une formation de base aux questions de droit et de déontologie pourrait être proposée à tout journaliste entrant dans la profession. Ce serait un pas majeur fait en direction de l'objectif essentiel qui consiste à **ancrer les valeurs déontologiques chez tous les acteurs de la**

128. La réorganisation du secteur de la santé lui en donne d'ores et déjà l'occasion. Avant la création de l'IVS, il existait seulement un bureau d'épidémiologie à la DGS. Les mêmes personnes recensaient les cas, étudiaient l'évolution de l'épidémie, croisaient les indices pour trouver les causes et proposaient des mesures de lutte contre l'épidémie. Cette confusion des fonctions se faisait au détriment de la stratégie. Avec l'IVS, on dispose d'une structure composée d'épidémiologues qui récoltent l'information et recourent les indices. D'autres épidémiologues au ministère se concentrent sur la stratégie d'action à proposer au ministre.

129. Le ministre, dans cette configuration, reste détenteur du pouvoir réglementaire et peut s'appuyer sur son administration pour définir les orientations stratégiques de sa politique. Il reste détenteur d'un pouvoir de police en cas d'urgence en matière de santé publique.

130. P. Champagne, dans « Risque et société », Paris, Nucleon (1999) pp. 187-196. Ph. Kourilsky, « La science en partage », Paris, éditions Odile Jacob, (1998). E. Plenel : (ir)responsabilité du journaliste dans « De quoi sommes-nous responsables ? », Paris, Le Monde éditions (1997).

131. Comme la modification, par le rédacteur-en-chef, du titre d'un article écrit par un journaliste spécialisé, pour le rendre plus attractif, même au prix d'une dénaturer de sens.

chaîne de production de l'information, qu'il s'agisse de la rédaction ou de l'édition¹³². Les sociétés de rédacteurs ont aussi un rôle majeur à jouer, et le poids des médiateurs devrait sans aucun doute être accru.

La profession journalistique pourrait faire un pas supplémentaire et s'interroger sur l'introduction d'une démarche d'assurance-qualité et de procédures internes qui assurent une **traçabilité et un étiquetage des produits d'information**¹³³. La traçabilité implique un référencement des informations. Sans divulguer leurs sources confidentielles, d'ailleurs protégées par la loi, les journalistes pourraient mettre à disposition (par exemple sur Internet) leurs éléments de documentation. L'étiquetage pourrait consister à distinguer plus clairement des catégories dans les produits d'information (article de fond, documentaire, papier d'opinion, d'humeur, etc...). Enfin, le système médiatique actuel, et tout particulièrement la télévision, laisse peu de place à la critique extérieure. Pourtant, peu de systèmes productifs, sauf les administrations et les monopoles, pourraient survivre avec un taux de satisfaction qui, pour l'information *stricto sensu*, est, selon les sondages, d'environ 50 % chez les usagers. Il serait à cet égard intéressant de tenir une conférence de citoyens qui débattrait des problèmes d'information.

6. La transparence vis-à-vis du public

Un consensus se dégage pour réclamer une meilleure transparence et une association plus étroite du public, dans ce qu'il est convenu d'appeler un élargissement de l'espace public de dialogue -ce qui suppose que l'on définisse qui dialogue avec qui, de quoi et comment. Tous les acteurs sociaux, ou presque, devraient progresser dans la transparence et communiquer plus avant avec le public.

L'institution scientifique doit consacrer des moyens fortement accrus à l'explication et au dialogue prospectif. La constitution d'une agence (AEST) devrait s'accompagner de **l'ouverture de « guichets » à destination des journalistes¹³⁴ et de sites d'information en direction du public**. En outre, lorsque la puissance publique décide que les éléments de preuve sont insuffisants pour justifier des mesures de précaution, l'AEST pourrait peut-être par le biais des associations de consommateurs, fournir des éléments techniques et des conseils concrets qui permettent aux citoyens inquiets de se prémunir contre un risque hypothétique, mais à leur initiative et à leurs frais¹³⁵. Il y a là une piste intéressante du partage entre la responsabilité publique et la responsabilité privée. La publication des expertises assorties, selon qu'elles sont d'ordre scientifique et technique, ou économique et social, d'avis émanant des Académies ou du Conseil Economique et Social, pourrait constituer un élément supplémentaire de la transparence. **Un rapport annuel de précaution et de prévention**, qui utiliserait ces expertises et dresserait le bilan des événements de l'année écoulée (un peu sur le mode du rapport annuel de l'OMS) pourrait être commandé par l'autorité politique et débattu au Parlement. Cette démarche aurait le double avantage de contribuer à la transparence et de mettre le Parlement en position de mieux participer à la gestion des risques.

Les **ministres** ont tout intérêt à proportionner leur communication, en laissant aux échelons administratifs compétents le soin de donner l'information aux médias sur des problèmes techniques ou peu importants¹³⁶. À défaut, ils contribuent à sur-dimensionner certains problèmes et se trouvent privés de liberté de manœuvre par leurs propres déclarations. En situation de crise, des cellules interministérielles se constituent au cas par cas pour

132. « Réflexions et Propositions sur la Déontologie de l'Information » par J.M. Charon, remis le 8 Juillet 1999 à Madame le Ministre de la Culture et de la Communication. Voir aussi l'avis n° 45 émis par le Comité consultatif national d'éthique, en 1995, qui contient 13 recommandations pertinentes. L'avis mentionne en outre l'important déficit du journalisme scientifique en France : 200 journalistes scientifiques, à comparer à 2000 journalistes sportifs sur un total de 28000. Ces nombres doivent être aujourd'hui évalués à la hausse.

133. Ph. Kourilsky, « La Science en Partage », Paris, éditions Odile Jacob (1998).

134. C'est en partie le rôle que joue l'association « Science-Contact » (fondée par l'Académie des Sciences et la Cité des Sciences et des Techniques de la Villette) qui, avec des moyens limités, ce propose de « *permettre aux journalistes d'avoir accès à des sources fiables d'information et ainsi, contribuer à améliorer la qualité des informations scientifiques et techniques diffusées auprès du grand public* ».

135. C'est ce qu'a fait le Comité de prévention et de précaution dans son avis sur le radon.

136. Il est disproportionné que trois ministres s'expriment publiquement à propos du retrait du marché de 600 bouteilles d'eau minérale, comme ce fut le cas, début 99, au sujet de l'eau « Chanteraine » qui, au demeurant, n'avait provoqué aucun accident.

coordonner l'action des services de l'État¹³⁷ et prendre en charge sa communication. Il serait logique de déléguer une partie au moins de la communication aux agences qui ont un pouvoir de police puisqu'il leur revient légitimement d'expliquer et de justifier le retrait des produits incriminés.

7. L'association du public

a) Si l'idée de démocratie sanitaire pose nombre de problèmes pratiques, elle ne peut être écartée en raison de ces seules difficultés car les choix en matière de santé sont avant tout politiques et sociaux : ce sont des enjeux publics dont le Parlement et les citoyens doivent se ressaisir¹³⁸. Dans la mesure où la précaution implique que la décision soit révisable en fonction de l'évolution des connaissances, cette révisabilité doit être expliquée et le public et/ou ses représentants doivent être associés à la révision des choix. Ceci étant, le public ne peut se substituer ni aux experts ni aux décideurs, ni aux politiques, ni aux élus¹³⁹ - à moins de modifier les règles du jeu démocratique français. Le public, en revanche, doit pouvoir faire entendre sa voix, et de diverses façons. Il peut aussi être **un garant de la transparence**.

La conférence de citoyens organisée en France, en Juin 1998, (première consultation sur les plantes transgéniques, organisée par l'office parlementaire d'évaluation et la publication des avis des citoyens) a été unanimement saluée comme une initiative intéressante. Les citoyens, ni experts ni décideurs, se sont vus fournir suffisamment d'informations pour porter un regard averti sur les problèmes liés aux OGM, qui leur étaient soumis¹⁴⁰. L'importance de l'événement tient certes à l'expression des opinions des citoyens consultés (mais ceux-ci sont trop peu nombreux pour qu'on en tire un sondage statistiquement significatif), mais surtout à la concentration des informations pertinentes et des opinions portées sur elles. Le devenir de cette première expérience est encore incertain et d'autres formules, comme les États Généraux de la Santé, méritent attention. En tout état de cause, se trouvent posés non seulement la question du choix¹⁴¹ et de la formation des citoyens, indispensable au jugement éclairé, mais aussi celles du moment choisi pour la consultation (si possible, préalable à la prise de décision) et enfin du statut conféré à leurs recommandations.

Ces façons de faire le point sous le regard croisé de quelques citoyens et des médias sont sans aucun doute utiles, mais ne sauraient dispenser d'un travail d'information de fond, ni de mettre en place d'autres mécanismes de participation. Dans le schéma décrit plus haut, le deuxième cercle de l'expertise doit comprendre des représentants de la société civile ainsi invités à participer de plus près à la préparation des décisions.

Mieux équiper les citoyens pour qu'ils maîtrisent mieux les questions de précaution, implique enfin que se développe une véritable **culture du risque**. Des efforts en ce sens ont été faits depuis de nombreuses années ; des manifestations, comme la « Semaine de la Science » y contribuent. Jusqu'à présent, néanmoins, on n'a pas entrepris de bâtir un programme spécifique sur les questions de risques (en matière de prévention comme de précaution) tant au plan de l'éducation (rudiments de calcul des probabilités¹⁴², etc...) que de la recherche

137. Une telle cellule a été constituée pour répondre à l'épisode de la contamination par des dioxines de farines destinées à l'alimentation animale et regroupait la direction générale de l'alimentation, la DGCCRF, la direction générale des douanes et la DGS. Parallèlement, le gouvernement prenait l'avis des experts de l'AFSSA.

138. A. Morelle critique en particulier la conception purement individualiste de la santé qui a conduit, en France, à négliger sa dimension collective et fait aujourd'hui obstacle à l'acculturation du principe de précaution (cf. « Le principe de précaution » dans « De quoi sommes-nous responsables ? », Paris, Le Monde éditions (1997) ; voir aussi « La défaite de la santé publique », Paris, Flammarion, (1996)). L'émergence de la notion de démocratie sanitaire apparaît aujourd'hui comme une réponse aux défaillances passées des politiques de prévention. C'est également paradoxalement cette faiblesse de la santé publique en France qui amène aujourd'hui, par réaction, à une intolérance extrême au risque minime, lors même que des risques connus restent mal gérés.

139. Lire à ce sujet les analyses de J.-Y. Le Déault dans « Risque et Société », Paris, (1999) pp. 263-274, et dans « L'opinion publique face aux plantes transgéniques », Colloque La Villette, Paris, Albin Michel (1999) pp. 156-170.

140. La manière dont les citoyens ont été choisis diffère de la formule adoptée au Danemark où les pouvoirs publics procèdent à un véritable appel d'offre. Certains estiment aussi que l'initiative ne devrait pas nécessairement venir de l'État.

141. Il est important d'impliquer les Organisations Non Gouvernementales (ONG) ou diverses associations de consommateurs, mais aussi des citoyens « ordinaires » à titre individuel. Il n'est ni raisonnable ni équitable de donner préférentiellement la parole à ceux qui élèvent le plus la voix.

142. Aux États-Unis, les prévisions météorologiques sont souvent données avec des coefficients de probabilité et non comme des certitudes.

(sociologie, économie, mathématiques, cindyniques¹⁴³, sans compter, bien entendu, les disciplines écologiques de base). Il y aurait là un investissement de long terme, culturellement important, et techniquement utile pour alimenter l'expertise. Ce travail de fond, tourné vers la prévention par l'éducation du public, n'a, malgré les recommandations répétées du Haut Comité à la Santé Publique (HCSP), toujours pas été entrepris.

b) Quant au Parlement, il dispose d'une instance d'évaluation, l'Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques (OPECST) qui lui permet d'auditionner les experts, mais ses capacités d'expertise sont encore trop limitées. Le Parlement joue un rôle insuffisant en matière de risques sanitaires et il n'est pas saisi dans tous les champs. Ainsi, il n'y a pas de contrôle de commissions parlementaires sur des mesures de précaution ou sur les procédures en charge de la sécurité sanitaire. Ce déficit démocratique et la très grande sensibilité de l'opinion aux risques en raison de la succession des crises sanitaires, expliquent vraisemblablement le transfert du débat des enceintes parlementaires à la société civile, sous l'impulsion de la presse.

Il convient de réfléchir aux moyens de redonner au Parlement des capacités d'expertise qui lui permettront de se ressaisir du débat et d'influer sur les choix à venir. Dans la nouvelle structure proposée, le Parlement devra être destinataire du rapport d'audit effectué sur les procédures mises en œuvre par l'Administration pour assurer la prise en compte du principe de précaution et la commission parlementaire compétente devra rendre un avis et des recommandations. L'Office Parlementaire devra pouvoir interroger l'agence d'expertise scientifique et technique (AEST) afin de disposer d'une expertise indépendante propice au débat contradictoire en situation d'évaluation des choix que le gouvernement s'apprête à faire valoir dans des domaines où les pratiques technologiques évoluent très rapidement.

III.- Le cas des organismes génétiquement modifiés (OGM)

Les OGM constituent un des exemples les plus purs d'application du principe de précaution puisqu'ont été mis en place, en France et en Europe, des mesures de protection et des réglementations en l'absence de toute preuve de risque effectif. Ils méritent un traitement particulier parce qu'ils font, aujourd'hui encore, l'objet de vives discussions et cristallisent, parfois jusqu'à la caricature, nombre des interrogations évoquées plus haut¹⁴⁴.

A.- L'évolution du problème des OGM

L'émergence des techniques d'ingénierie génétique, au début des années 70, a donné lieu, dès la conférence d'Asilomar, en 1975, à une controverse publique. Les bactéries génétiquement modifiées suscitèrent une polémique qui s'apaisa au début des années 80. Aujourd'hui des dizaines de milliers de laboratoires de recherche utilisent des bactéries génétiquement modifiées (sans qu'aucun problème n'ait été relevé) et plusieurs dizaines de substances d'intérêt médical sont produites à grande échelle. La capacité d'engendrer des plantes et des animaux transgéniques provoqua, vers 1985, une deuxième vague de contestation. Les plantes génétiquement modifiées et leur impact possible sur l'environnement devinrent le centre d'un débat d'autant plus vif qu'après les phases de recherche et de développement, la perspective d'une exploitation à grande échelle devenait réalité.

La situation évolua de façon très différente en Amérique du Nord et en Europe. Le Congrès des États-Unis, au vu d'un rapport commandé en 1984, conclut, en 1986, que les bénéfices pour le citoyen américain étaient bien supérieurs aux risques. Le feu vert était donné et les États-Unis allaient conforter leur première place mondiale dans la plupart des secteurs des biotechnologies. L'Europe prit une autre voie. En 1989, l'élection de députés verts au Parlement Européen conduisit à un projet d'interdiction pure et simple des OGM qui suscita une levée

143. Les sciences du danger, nées en 1987, se sont baptisées du nom de « cindyniques » (du grec kindunos = danger). Elles développent des concepts et des axiomes dont on trouvera un résumé dans G.Y. Kerven, « Risques et société », Paris, Nucleon (1999) pp. 69-76.

144. Une analyse très complète, fouillée et pertinente des problèmes soulevés par les OGM, notamment de leurs avantages et inconvénients, avérés ou potentiels, aux plans technique, pratique et économique, dans les pays industrialisés et dans les pays en voie de développement, figure dans : « La France face au défi des biotechnologies : quels enjeux pour l'avenir ? ». Cf., par Ph. Rouvillois et G. Le Fur, « Avis et rapports du Conseil Economique et Social », les éditions des Journaux Officiels, 1999. Voir particulièrement les pages II-121 à II-265 sur les OGM. Voir aussi G. Paillot et D. Rousset, « Tais-toi et mange ! L'agriculteur, le scientifique et le consommateur », Paris, Bayard éditions (1999).

de boucliers de la communauté scientifique. Il s'ensuivit un compromis qui fut transcrit dans les directives 1990-220 et 1990-221 (puis dans les droits nationaux). Au nom d'une dangerosité supposée des OGM, une série de mesures contraignantes (qui ne sont pas étrangères à l'actuelle faiblesse de l'Europe en biotechnologie) furent adoptées¹⁴⁵. Dans le même temps, l'opinion européenne montrait, pour environ 50 % des sondés, une réticence souvent qualifiée de « morale » vis-à-vis des OGM¹⁴⁶.

Les freins mis en Europe n'empêchaient pas le développement des biotechnologies à l'étranger. Des millions d'hectares de diverses plantes transgéniques furent plantés aux États-Unis, au Canada et, plus récemment, en Argentine et en Chine. Plusieurs multinationales, et notamment Novartis et Monsanto, commencèrent à exporter en Europe des OGM destinés soit à l'alimentation humaine ou animale, soit à la mise en culture. Après la tomate à mûrissement contrôlé, le maïs transgénique bt résistant à la pyrale, de nouveaux OGM (soja notamment) pourraient arriver en Europe. Le fait que ces OGM aient été expérimentés dans d'autres pays depuis plusieurs années, sans problèmes apparents, aurait pu rassurer. Il n'en fut rien. Une vive polémique se développa. La sévérité des réglementations européennes et nationales n'eut pas le rôle sécurisant que l'on aurait pu espérer. À l'inverse, on en chercha les failles et on en trouva. Les autorisations délivrées au maïs de Novartis connurent, en France notamment, plusieurs péripéties dont l'aboutissement provisoire fut la suspension de l'autorisation de mise en culture prononcée par le Conseil d'État, fin 1998. En Juin 1999, plusieurs pays, dont la France, revendiquèrent et obtinrent, au plan européen, la suspension des autorisations pour toutes les nouvelles variétés transgéniques tant que l'étiquetage et la traçabilité des OGM ne seraient pas organisés et mis en place¹⁴⁷.

B.- L'imbroglie actuel

Sans être bloquée, la situation en France et en Europe constitue un imbroglie qu'expliquent, en partie, des considérations socio-économiques. Jusqu'à présent, les OGM mis sur le marché (hormis la tomate transgénique) étaient destinés aux producteurs plutôt qu'aux consommateurs, qui n'ont cure d'augmentations de rendement non reflétées dans une diminution sensible des coûts. Chez les producteurs, l'opinion générale est que, pour l'heure, les semences transgéniques apportent un certain bénéfice mais pas une amélioration indispensable, d'autant qu'elles sont mieux adaptées aux grandes surfaces et donc plus appropriées pour les États-Unis, le Canada et l'Argentine que pour les pays d'Europe. Les agriculteurs redoutent d'être mis en situation de dépendance (comme l'a montré le débat sur les semences de type « terminator »¹⁴⁸) vis-à-vis des industriels producteurs, et certains manifestent une hostilité systématique à l'encontre des multinationales.

On entend enfin deux critiques plus générales : la crainte que les OGM ne réduisent la biodiversité¹⁴⁹ et n'accroissent les cultures intensives au détriment des cultures « biologiques », en accentuant encore l'industrialisation du milieu agricole. Ici, les OGM ne sont que la figure emblématique de problèmes anciens,

145. Le fait que le Parlement européen ait débattu pendant plus de dix ans de la brevetabilité des OGM reflète certains éléments du débat sous-jacent. Un compromis ne fut trouvé qu'en 1998. Cf. Ph. Kourilsky, « La Science en Partage », op. cité, ch. II et références incluses.

146. Cf. l'eurobaromètre publié chaque année. Voir également « Consumer acceptance of biotechnology: an international perspective », T. Hoban, *Nature Biotechn.* (1999) 15, 232-234. Voir aussi « L'opinion publique face aux plantes transgéniques », Colloque de la Villette, Paris, Albin Michel (1999).

147. Voir, en annexe 2, le rapport élaboré par C. Noiville et P.-H. Gouyon.

148. Il s'agit d'un système de stérilité introduit dans la variété végétale qui empêche de réutiliser les graines produites pour replanter. L'agriculteur devrait donc racheter les semences tous les ans (ce qu'il fait déjà pour le maïs). À moins d'une entente entre tous les producteurs, rien ne l'obligerait à acheter des semences de type « terminator ». Certains avancent que le système « terminator » peut contribuer à contrôler la dissémination involontaire des plantes transgéniques. De fait, si on utilise des plantes pour la production de médicaments, il sera indispensable de disposer d'un verrou tel que terminator pour empêcher leur dissémination. Un deuxième système, plus souple (baptisé « T-Gurt »), est en voie de mise au point. Les semences sont pourvues d'un système inductible à volonté. Si l'agriculteur choisit de ne pas activer le système, et donc de ne pas profiter de l'amélioration génétique qu'il contrôle, il peut ré-utiliser la semence indéfiniment. S'il choisit à l'inverse de bénéficier de l'amélioration, la semence devient stérile et ne peut être utilisée qu'une seule fois (« Nature » (1999) 399, 721).

149. *Stricto sensu*, les OGM, en tant que variétés végétales nouvelles, augmentent la biodiversité. Celle-ci ne serait réduite que si leur culture était si intensive qu'elle provoquerait la disparition d'autres espèces végétales ; mais ce problème est posé, de la même manière, par les cultures non transgéniques. Le côté positif de la biodiversité est souvent porteur d'une certaine charge idéologique. On s'en défendra en se remémorant que l'émergence du virus du Sida est une manifestation de la biodiversité.

soulevés bien avant leur émergence par la mécanisation et l'intensification de l'agriculture¹⁵⁰. Ces considérations socio-économiques sont relayées par des groupes de pression et prises en compte au niveau politique. Au plan international, deux grandes catégories de problèmes se posent. La première concerne l'accès des pays en voie de développement à la propriété intellectuelle et à la technologie des OGM qu'ils pourraient développer pour leur bénéfice¹⁵¹. La seconde touche le libre échange des marchandises. Les restrictions apportées à la liberté des échanges sont taxées de protectionnisme et jugées illégitimes par ceux dont les exportations vers l'Europe se trouvent ainsi bloquées. L'opinion publique et les médias sont hyper-réactifs, comme en témoignent la publicité excessive donnée à l'« affaire » (peu sérieuse) du papillon Monarch, et le retentissement de l'épisode, plus significatif, de l'émergence d'une pyrale résistante à la toxine bt exprimée par le maïs transgénique¹⁵².

C.- Le non-respect des dix commandements

Cette situation confuse reflète, en partie, le fait que, pour moitié, les dix commandements de la précaution ont été mal appliqués, ou totalement ignorés.

1. Tout risque doit être défini, évalué et gradué

Une première faille vient de l'absence d'évaluation des risques. En 1990, les directives européennes ont été adoptées par le Parlement Européen sans analyse précise de ces derniers. Dix ans après, cette analyse reste déficiente, ce que confirme l'utilisation récurrente de formules vagues telles que : « *les OGM risquent de nuire à l'environnement* ». Qui plus est, bien que les États-Unis et le Canada notamment, aient constitué de vastes champs d'expérimentation, il semble que peu d'efforts aient été faits pour collecter les retours d'expériences et affiner la définition des risques présumés.

2. L'analyse des risques doit être comparative

De façon plus étonnante encore, on manque de comparaisons solides entre l'action des OGM aujourd'hui utilisés et celle des insecticides et pesticides habituels et, lorsqu'elles existent, ces études comparatives sont mises en doute ou restent confidentielles. Ainsi, il est impossible d'évaluer les effets respectifs sur l'environnement et les pollutions de l'emploi respectif des OGM et des cultures conventionnelles.

3. Préalablement à la décision, toute analyse de risque doit comporter une analyse économique

Aucune analyse économique précise n'a été menée en 1990. Aujourd'hui, l'Union Européenne constate un déficit important dans le domaine des biotechnologies végétales. Il se traduit, entre autres, par des pertes d'emplois. La Commission et les États membres ont pris plusieurs mesures pour endiguer ce déficit. Des analyses économiques sont en cours pour évaluer, par exemple, le coût de l'étiquetage des OGM.

150. La proportion de l'espace « instrumentalisé » dans certains pays européens est considérable (80 % des terres sont cultivées au Royaume-Uni contre 28 % aux États-Unis ; cf. « Science » (1998) 281, 968-771), de sorte qu'il n'existe que peu d'espace « sauvage », ce qui engendre une réaction contre toute instrumentalisation supplémentaire. La part de l'agriculture « biologique » s'est accrue significativement depuis 5 ans.

151. Il est intéressant de prendre en compte des points de vue mondialistes, pondérés et constructifs, comme celui proposé par I. Serageldin (World Bank) dans « Science » (1999) 285, 387-389. La concentration des brevets entre les mains d'un petit nombre de multinationales (cf. « Nature » (1999) 399, 405) crée la quasi nécessité d'accords de licence gratuits, au bénéfice des pays pauvres, dont il existe quelques exemples.

152. Le fait que la toxine bt tue des papillons comme le Monarch n'a rien de surprenant puisqu'elle est précisément destinée à tuer des insectes. En fait, le spectre d'action de cette toxine est moins large que celui de la plupart des insecticides couramment utilisés, qui tuent aussi le Monarch et d'autres papillons. En outre, les expériences rapportées par la revue « Nature » sont critiquables et ont été menées en laboratoire, dans des conditions où le papillon n'avait d'autre source d'alimentation. Enfin, la migration du Monarch et les émissions de pollen n'ont pas lieu à la même époque. On pourra lire l'analyse critique publiée dans « BioCentury » (1999) 2, A1-A5, où sont rapportées des réactions de l'administration américaine. L'émergence d'une pyrale résistante à la toxine bt n'est pas non plus inattendue. Il en va de même avec les insecticides conventionnels : beaucoup de moustiques sont aujourd'hui résistants au DDT. C'est précisément pourquoi il faut prendre au sérieux l'hypothèse que l'expression de la toxine dans les plantes transgéniques est si efficace qu'elle accélère l'émergence des résistances.

4. Les structures d'évaluation des risques doivent être indépendantes

Concernant les OGM, ce sont surtout des comités d'experts qui ont eu la mission d'évaluer les risques. La « comitologie » en matière d'OGM a évolué et a été réformée à mesure que, la tension publique montant, des anomalies ont été révélées dans la constitution des groupes d'experts, en raison de rapports avec l'industrie et de prises d'intérêt diverses¹⁵³. Il est vrai qu'au départ, les problèmes de comitologie n'avaient pas été pris très au sérieux.

5. Les décisions doivent, autant qu'il est possible, être révisables et les solutions adoptées réversibles et proportionnées

La directive 1990-220 (sur les OGM en milieu confiné) a été révisée en 1998 et simplifiée. La directive 1990-221, sur les OGM en milieu ouvert, est en cours de révision ; elle constitue un terrain de débats (sinon d'affrontements) techniques, idéologiques et politiques¹⁵⁴. Il est peu probable que l'on s'oriente vers une simplification ou un allègement de la réglementation qui pourraient pourtant être justifiés en raison des expériences acquises à l'étranger et qui, pour l'heure, n'ont pas validé les craintes initiales. Quant à l'aménagement de la proportionnalité, il est critiqué de tous côtés, à la fois par ceux qui souhaitent, dès 1990, une interdiction ou un moratoire, et par ceux qui, à l'inverse, estiment exorbitant le coût de réglementations injustifiées. Les décisions prises par les pouvoirs publics en France ont, pour la plupart, été présentées comme révisables, et guidées par la règle de réversibilité.

6. Sortir de l'incertitude impose une obligation de recherche

Les craintes concernant les OGM étant, dans les pays industrialisés, une spécificité largement européenne, c'est du vieux continent que l'on attendait un effort de recherche clarificateur. Or celui-ci reste maigre et n'a rien éclairci. En France, la politique de l'INRA paraît sur le point assez peu lisible, et plutôt caractérisée par une sorte d'autocensure concernant les OGM que par la recherche énergique d'une clarification¹⁵⁵. De façon remarquable, les programmes de recherche sur les OGM visent à évaluer leur impact sur l'environnement, sans grand souci de comparaison avec les traitements par les herbicides et les insecticides habituels. En bonne logique, ils déboucheront donc sur une accumulation de problèmes supplémentaires et non sur la résolution des questions existantes¹⁵⁶.

7/8. Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être efficaces, cohérents et fiables

La gestion du dossier des OGM a servi de révélateur pour toute une série de problèmes de procédures. Beaucoup ont été successivement aménagées. La lourdeur et la lenteur des dispositifs ont été souvent critiquées.

153. En matière de prise d'intérêts, certains font remarquer que les chercheurs en agronomie et en environnement ont, dans une certaine mesure, intérêt à mettre en valeur les risques associés aux OGM. Ceci leur donne en effet une visibilité publique -qu'ils pouvaient envier à leurs collègues oeuvrant dans le champ de la santé. Les fonds importants récoltés par les associations caritatives dans le domaine médical et la visibilité médiatique associée sont sans équivalent dans le domaine de l'agronomie.

154. Cf. Editions du Juris-Classeur (1999) « Révision sur la directive OGM » : La révision de la directive n° 90/220/CEE a été examinée par le Conseil européen des ministres de l'environnement des 24 et 25 Juin 1999. Le projet prend en compte étiquetage et traçabilité des OGM, biovigilance, affirmation dur principe de précaution, fixation d'une durée maximale d'autorisation de 10 ans, interdiction à terme des gènes de résistance aux antibiotiques. La France, l'Italie et l'Irlande se sont abstenues lors du vote car la prise en compte des impacts socio-économiques des plantes génétiquement modifiées est reportée à 2003 et la responsabilité des opérateurs et la répartition des compétences entre la Commission et les États membres demeure confuse. La France a toutefois adopté une déclaration avec l'Italie, la Grèce, le Danemark et le Luxembourg, aux termes de laquelle, ces États s'engagent à faire en sorte de suspendre toute nouvelle autorisation d'OGM dans l'attente de l'adoption d'un dispositif efficace d'étiquetage et de traçabilité.

155. L'INRA dispose ainsi depuis 1996 d'un melon à mûrissement contrôlé (produit que l'on peut imaginer utile pour le consommateur) dont le développement est arrêté.

156. En 1999, l'INRA a affecté 1 MF pour un programme de recherches qui n'est pas systématiquement comparatif. Pour un certain nombre de chercheurs, les OGM sont moins une fin en soi qu'un moyen de promouvoir des recherches (par exemple sur le mélange des variétés agricoles transgéniques ou non cultivées à proximité) qui n'ont pas, jusqu'à présent, bénéficié d'une visibilité suffisante pour trouver un financement.

En outre, la fiabilité des systèmes de contrôle a été mise en doute. Au plan technique, on s'aperçoit, un peu tardivement, qu'il n'était pas facile et parfois impossible, de mesurer précisément la proportion d'un élément transgénique dans un mélange¹⁵⁷. Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires doivent être proportionnés aux risques. L'indéfinition de ces derniers autorise un vaste éventail de comportements -entre ceux qui, les jugeant gravissimes, trouvent l'ensemble insuffisant, y cherchent et y trouvent des failles et ceux qui, les jugeant faibles ou nuls, tiennent le dispositif pour excessivement tatillon ou superfétatoire.

9. Les évaluations, les décisions et leur suivi, ainsi que les dispositifs qui y contribuent, doivent être transparents, ce qui impose l'étiquetage et la traçabilité

La question de la transparence a été beaucoup agitée, à commencer par la délicate frontière qui sépare le secret industriel de l'information légitime du public. Des fautes de transparence ont été commises¹⁵⁸, mais nul ne prétend aujourd'hui que les dispositifs sont opaques.

Etiquetage et traçabilité sont encore en discussion au sein de l'Union Européenne¹⁵⁹. S'ils sont longs et difficiles à mettre en œuvre, c'est qu'ils soulèvent des problèmes pratiques non négligeables. En particulier, l'étiquetage et la traçabilité n'ont pas été mis en place, à l'origine, dans les pays producteurs (États-Unis et Canada) ce qui pose, à l'importation, d'évidents problèmes. Comme il a déjà été mentionné, la création de filières avec et sans OGM aura son coût et celui-ci sera d'autant plus élevé que l'on voudra une discrimination plus stricte¹⁶⁰.

10. Le public doit être informé au mieux et son degré de participation ajusté par le pouvoir politique

L'information du public est encore insuffisante si l'on en juge par certains sondages¹⁶¹. Le rôle des médias est essentiel, mais reste problématique. L'accès à une information équilibrée est compliquée par des prises de paroles individuelles, articulées dans un contexte non contradictoire et qui sont d'autant plus médiatisées qu'elles apportent un point de vue minoritaire ou une hypothèse scandaleuse¹⁶². Le référendum organisé en Suisse en 1998 aurait pu conduire à l'interdiction totale des OGM dans la Confédération Helvétique. Il s'est conclu par un vote de rejet, ce qui pourrait donner confiance dans les vertus de l'explication scientifique au grand public mais cette interprétation optimiste doit être nuancée¹⁶³. En France, on a entendu beaucoup de critiques à l'encontre

157. Le problème fut soulevé, et de façon aiguë au plan médiatique, à propos des « ketch-up » contenant des tomates à mûrissement contrôlé.

158. Par exemple, la non-communication de l'emplacement de parcelles cultivées à titre expérimental avec des OGM. À décharge, on retiendra que des champs plantés d'OGM ont été, à plusieurs reprises, saccagés par des activistes.

159. Sur l'étiquetage aux États-Unis, voir H. Miller, « Science » (1999) 284, 1471-1472

160. Comment, par exemple, garantir qu'un sac de maïs ne contient pas du tout de maïs transgénique ? Les silos d'entreposage, comme les camions, etc... peuvent fort bien conserver des traces d'un stockage ou d'un transport antérieur. On estime qu'à un seuil de 3 % de mélanges autorisés, la création de filières séparées n'est pas trop difficile. A 0,3 %, les coûts seraient importants et à 0,03 %, ils seraient considérables.

161. Un sondage sur la tomate transgénique a montré que 40 % de ceux qui étaient « contre » croyaient que la tomate non transgénique n'avait pas de gènes.

162. Voir, par exemple, l'annonce faite à la télévision anglaise par A. Pusztai à propos des pommes de terre transgéniques résistantes à certains insectes et qui donna lieu à une explosion médiatique sur la « Frankenstein food ». La Royal Society a depuis revu les données expérimentales disponibles et les a jugées défectueuses. La polémique n'est pas terminée, d'autant que beaucoup estiment qu'indépendamment de la qualité de ses données expérimentales, le chercheur a été traité de façon contestable.

163. Trois semaines avant le vote, les sondages indiquaient que la proposition d'interdiction était largement majoritaire (plus de 60 %). On redoubla alors d'explications. Mais, selon certains scientifiques helvétiques, la qualité de l'information fut alors abaissée à un niveau élémentaire, et on ne peut être assuré que ce ne sont pas de arguments de piètre niveau (on manquera de médicaments) qui firent mouche dans l'opinion. En outre, si le vote avait porté sur les seules plantes transgéniques à vocation alimentaire, et non sur l'ensemble des OGM, il aurait probablement débouché sur l'interdiction.

des industriels qui ont pourtant agi essentiellement en accord avec la réglementation et en cherchant parfois à aller au-delà¹⁶⁴.

D.- Sortir de l'imbroglio

Les OGM, en Europe, ont constitué une des premières expériences de mise en œuvre de la précaution. Il faut tenir compte du fait que de nombreux acteurs, dans les sphères scientifique et administrative et pas seulement dans le monde industriel, considéraient -et considèrent toujours- l'approche décrétée en 1990 par le Parlement Européen comme très disproportionnée, voire absurde. De là proviennent une bonne part des dysfonctionnements constatés (par exemple, par le Conseil d'État dans l'affaire du maïs transgénique de Novartis). Comme souvent, pourtant, les crises ont une vertu clarificatrice. Il devrait être possible de sortir de l'imbroglio actuel, à condition de distinguer les problèmes et de les résoudre un à un.

1. Dégager un consensus sur les OGM et l'avenir

Il est crucial de prendre la mesure de l'avenir des OGM et de ne pas être enfermé dans une perspective de court terme. Les opérations de **séquençage des génomes** qui sont en cours à l'heure actuelle, ne tarderont pas à livrer la séquence de la plupart des gènes des plantes importantes (c'est déjà le cas pour le maïs et bientôt pour le riz)¹⁶⁵. Il va en résulter un accroissement phénoménal des connaissances sur les plantes et donc des capacités d'intervention raisonnée sur leurs génomes. En outre, bien que réalisée aujourd'hui chez les cellules animales et pas encore chez les cellules végétales, **la recombinaison homologue**¹⁶⁶ va fournir les moyens d'opérer des interventions génétiques précises¹⁶⁷. De la même manière que pour les animaux, ces OGM de deuxième génération se répartiront en deux catégories : (a) ceux pour lesquels il y a apport de gènes extérieurs ; (b) ceux pour lesquels la chirurgie génétique par transgénése aura servi à faire une mutation dirigée qui modifie un ou plusieurs caractères de la plante, sans apport de matériel génétique extérieur. Ces OGM, de deuxième génération et de type (b), que l'on pourrait baptiser « variétés SAGE »¹⁶⁸, ne seront pas différents des mutants obtenus par sélection classique¹⁶⁹, à ceci près qu'ils seront obtenus de façon raisonnée et beaucoup plus rapidement. Il sera difficile de prétendre de bonne foi qu'en ce qui concerne les risques pour la santé et pour l'environnement, ils diffèrent des variétés courantes. En outre, il sera absurde de leur appliquer une législation particulière, sauf à vérifier qu'il ne reste pas trace des gestes de chirurgie génétique qui ont créé les mutations voulues.

164. C'est surtout le mode de communication de Monsanto qui a été critiqué. Il est intéressant de noter qu'au plan de la communication, et non sans quelque logique, il existe une contradiction entre la puissance d'une technologie et son innocuité. Chacun s'attend au contraire à ce qu'une technologie aussi puissante que la transgénése, si elle doit être porteuse de bénéfices importants, soit aussi associée à des risques de même dimension. Dès ses débuts, l'histoire du génie génétique a été marquée par des manifestations de puissance (initialement de la part des biologistes eux-mêmes) qui ne sont pas étrangères aux craintes suscitées (cf. Ph. Kourilsky, « Les artisans de l'hérédité », Paris, éd. Odile Jacob (1987)).

165. Le gène du blé « responsable » de la révolution verte des années 60-70 vient d'être identifié (Peng et coll., *Nature* (1999) 400, 256-260). La nouvelle variété était plus courte (donc plus résistante au vent) et, de ce fait, plus riche en grain. Sa mise en culture a eu pour résultat un accroissement considérable de la production mondiale de blé.

166. La recombinaison homologue est le mécanisme par lequel une séquence génétique est insérée, non par hasard dans un génome, mais en lieu et place de la séquence homologue. L'intérêt de cette approche est que l'on peut substituer à la séquence du gène, une séquence identique à une mutation près, et modifier ainsi le fonctionnement du gène. Une opération fréquente consiste simplement à inactiver le gène. Les procédés conventionnels consistent à faire des milliers de mutations au hasard puis identifier la bonne. Cette nouvelle chirurgie génétique est beaucoup plus précise et efficace.

167. La « chiméraplastie » pourrait fournir un outil tout aussi précis, mais encore beaucoup plus efficace. Il s'agit d'introduire dans les cellules végétales (ou animales) de courtes séquences synthétiques correspondant à une petite fraction du gène que l'on veut altérée. Ces séquences ont une structure particulière qui active leur intégration en bonne et due place dans le gène voulu de façon si efficace qu'une fraction importante des cellules (30 % dans des expériences de laboratoires) peuvent être modifiées. Si cette approche est effectivement généralisée, elle pourrait avoir un impact sur la thérapie génique et révolutionner la génétique des plantes (Voir *Science* (1999) 385, 316-318).

168. Il faudra différencier des OGM et les baptiser d'un autre nom. Nous proposons de les désigner sous l'appellation de Variétés Végétales SAGE, l'acronyme S.A.G.E. renvoyant à Sans Addition de Gène Extérieur. Un équivalent anglais possible serait W.I.S.E. (Without Incorporation of Stable Exogenes).

169. À titre anecdotique, on notera qu'il existe quelques exemples de transfert de matériel génétique entre espèces de plantes très différentes, par les voies dites « conventionnelles » et sans recours aux méthodes de génie génétique (cf. Goodman et coll., « *Science* » (1987) 236, 48-54).

Nul ne conteste que le créneau majeur de l'agriculture française est la production de produits diversifiés et de haute qualité plutôt que les cultures de masse. La France et l'Europe en général, éprouveraient sans doute de la difficulté à entrer en compétition avec l'agriculture industrielle des pays disposant de vastes surfaces homogènes. Le fait que les OGM de première génération soient plutôt destinés à l'agriculture de masse ne doit pas occulter le fait que la deuxième génération d'OGM (et notamment ceux qui n'auront pas incorporé de gènes étrangers) présentera des caractéristiques bien différentes. C'est là que se jouera, pour partie, l'avenir d'une agriculture diversifiée qui fournira des produits de qualité objectivement améliorés. Le blocage des OGM de première génération n'entraînerait pas de difficulté économique majeure pour la France¹⁷⁰. En revanche, se couper des OGM de deuxième génération serait suicidaire pour la France et l'Europe en général ; les laisser émerger dans un contexte réglementaire totalement inadapté, et fondé sur des présupposés injustifiés, produirait un désavantage compétitif qui pourrait s'avérer désastreux. Ceci constitue un véritable enjeu et il importe, dès à présent, de préparer l'avenir. D'où une première catégorie d'actions : **définir ce que seront les OGM de deuxième génération. Afficher une politique claire et déterminée à leur endroit. Préparer, pour une catégorie d'entre eux, l'exonération d'une réglementation illogiquement contraignante.**

2. Les OGM de première génération ne présentent pas de risque particulier pour le consommateur, mais celui-ci doit être libre de ses choix

Concernant l'alimentation, il convient de ne pas trop se focaliser sur une possible dangerosité spécifique des OGM (y compris de ceux qui sont actuellement sur le marché) et de gaspiller trop de fonds publics pour tenter d'en évaluer les risques. Le risque majeur invoqué est celui de l'allergie, et ce risque n'est pas supérieur à celui que chacun a pris en consommant pour la première fois une fraise. S'il doit être testé au cas par cas, il ne mérite pas d'être agité comme un épouvantail, surtout quand des dizaines de millions de consommateurs ont ingéré des OGM sans le moindre problème. À l'inverse, la transgénèse pourra servir à éliminer certains allergènes des aliments (notamment du riz). Quant au risque de transfert du gène de résistance à l'antibiotique, présent dans le maïs bt, il est insignifiant au plan individuel, et les variétés qui n'ont plus ce marqueur seront bientôt sur le marché¹⁷¹.

La question, pour ce qui concerne les consommateurs, est d'un autre ordre. C'est leur liberté de choix qui est en cause, pas leur santé. Chacun est libre d'être végétarien, de s'interdire le porc, ou de manger casher. Réciproquement, la tolérance dans nos pays veut que chacun soit libre de ne pas être végétarien, de manger du porc et de ne pas manger casher. Il en va de même des OGM. Chacun doit être libre de ne pas en consommer, tout en respectant le fait que d'autres s'en nourrissent.

L'étiquetage, dès qu'il est réclamé, devient indispensable. On ne peut qu'appuyer l'action des autorités en ce sens, dès lors que l'étiquetage n'est pas revendiqué pour la sécurité alimentaire, mais pour la liberté de choix du consommateur¹⁷² et pour autant que son coût ne soit pas prohibitif, ce qui constituerait une autre perte de liberté. Etiquetage et traçabilité doivent, en tout état de cause, entrer dans les bonnes pratiques de production, qu'il s'agisse ou non d'OGM. S'ils sont réalisés, il n'y a aucune raison de ne pas laisser jouer les lois du marché.

3. Les risques éventuels que présentent les OGM pour l'environnement doivent être analysés et évalués en comparaison avec les procédés classiques de production

Nul ne saurait prétendre que l'introduction à grande échelle de quoi que ce soit de nouveau dans l'environnement est dépourvu de conséquences. Les OGM ne font pas exception, mais la règle de symétrie doit,

170. Sauf si l'interdiction des farines animales était doublée de l'interdiction d'importer du soja transgénique qui représente la moitié des importations de soja.

171. C'est surtout en terme de génétique des populations que des critiques ont été émises (cf. notamment P. Courvalin, La Recherche (1998) n° 309, pp. 36-40). Ils ne sont pas partagés par d'autres (P. Thuriaux, La Recherche (1998) n° 313, p. 8) ni par les commissions qui ont eu à statuer sur le maïs bt. Une voix dissidente s'est élevée dans la revue britannique « Lancet » (éditorial -donc non signé- du 29 Mai 1999, 353, 1811) pour insister sur les risques alimentaires des OGM. L'argumentation porte moins sur les risques que sur la méthodologie et les approches des industriels et des pouvoirs publics aux États-Unis et en Angleterre. On retrouve ici une quasi-constante du dossier des OGM : une irritation sur les modalités, sur les procédures et sur leur suivi, souvent plus vive que l'inquiétude sur le fond.

172. La question de la pureté d'un produit vis-à-vis de ces critères culturels est rarement tranchée de façon radicale, en raison de la complexité des circuits de production et de distribution. Ainsi, en Israël, il existe plusieurs niveaux dans la nourriture casher.

ici comme ailleurs, être appliquée : les OGM doivent être, au cas par cas, comparés aux autres modes de production. S'agissant par exemple du maïs transgénique bt résistant à la pyrale, on doit évaluer l'impact des insecticides habituellement utilisés. Ne pas se livrer à ces comparaisons témoigne d'un manque de rigueur surprenant, et il est peu tolérable que le public soit abusé par des informations incomplètes qui limitent sa capacité de jugement. On sait bien que les insecticides répandus en masse tuent des papillons, polluent les nappes phréatiques et peuvent provoquer l'émergence d'insectes résistants. Le font-ils plus ou moins que le maïs bt ? Quant aux risques de transferts de gènes, il sont apparemment nouveaux, mais peut être en apparence seulement¹⁷³ et doivent être analysés. Ce défaut de méthode dans l'évaluation des éventuels problèmes liés aux OGM est doublé d'un deuxième : on fait, semble-t-il, peu de cas de l'expérience accumulée depuis plusieurs années dans les pays où les OGM sont cultivés sur des millions d'hectares, et qui seraient d'ores et déjà exposés à des désastres écologiques si les hypothèses les plus pessimistes s'avéraient exactes. Il importe de collecter et d'analyser les données recueillies dans ces pays.

L'action la plus appropriée serait ici de reprendre l'expertise et de faire de ce problème d'environnement, posé à propos des OGM, le modèle de l'expertise contradictoire, menée dans les deux cercles définis plus haut¹⁷⁴. Ce devrait être l'occasion : (a) de reprendre les problèmes à l'origine et de récolter l'ensemble des données disponibles dans les autres pays ; (b) de bâtir les nouveaux systèmes d'expertise et de constituer les deux cercles adaptés à ce problème ; (c) d'associer le public selon des modalités à définir et de l'informer de façon aussi précise que possible ; (d) de préparer l'avenir en analysant les conditions d'émergence des OGM de deuxième génération (et notamment ceux du deuxième type) ; (e) et d'actualiser l'évaluation des bénéfices comme des risques pour les OGM des deux générations.

En conclusion, l'actuel imbroglio a le mérite de créer les conditions d'une remise à plat des problèmes. Les contradictions auxquelles se trouvent aujourd'hui confrontées la France et l'Union Européenne à propos des OGM peuvent avoir plusieurs issues. Le risque n'est pas négligeable si on poursuit dans le sens d'une fermeture sans discrimination des OGM en général, d'aboutir à de graves conflits internes, en plus d'une bataille au sein de l'OMC et, en condamnant *a priori*, au lieu de les exonérer, les OGM de deuxième génération, de pénaliser gravement l'agriculture européenne. On ne peut négliger non plus **la possibilité que les interdits « moraux » édictés en Europe, aient une répercussion négative sur les pays en voie de développement** qui ont besoin de toutes les technologies agricoles pour progresser et qui devraient bénéficier de transfert de technologie pour les OGM¹⁷⁵. La meilleure résolution de la crise serait de l'exploiter pour bâtir un modèle de démocratie environnementale -de la même manière que les crises récentes de la vache folle et du poulet à la dioxine ont eu le mérite de faire progresser la démocratie sanitaire dans le champ de l'alimentation. Encore faut-il que les différents acteurs sociaux, politiques notamment, tombent d'accord pour avancer en ce sens, et que les bonnes approches techniques soient choisies. Les suggestions faites ci-dessus sont reprises dans les recommandations qui figurent dans la dernière section.

173. Les gènes introduits dans les plantes transgéniques servent aussi de marqueurs et sont faciles à suivre, mais ce sont des gènes comme les autres. Le fait qu'on observe des transferts de plante à plante signifie, en bonne logique, que tous les gènes sont susceptibles d'être transférés : ainsi, on découvre à propos des OGM, que les échanges génétiques naturels sont beaucoup plus nombreux qu'on ne l'imaginait. *A contrario*, si le gène de résistance aux antibiotiques du maïs bt était transmissible à l'homme, cela signifierait, en principe, que tous les gènes de la plante le sont. On peut imaginer que le génome humain serait alors investi par de nombreux vestiges de gènes de végétaux, ce qui n'a pas été repéré à ce jour.

174. La fin du moratoire sur la betterave et le colza transgéniques, fixée par le Gouvernement à Novembre 2000, en fournit l'occasion.

175. Voir, notamment, le rapport, déjà cité, du Conseil économique et social, ainsi que l'annexe 3. Dans le court terme, ce sont des procédés agricoles tout à fait conventionnels (par exemple une meilleure gestion de l'évaporation de l'eau dans les pays où celle-ci est limitante) qui sont susceptibles d'aider l'agriculture des pays pauvres. Il n'en demeure pas moins que les OGM pourraient jouer un rôle important. Par exemple, une nouvelle variété de riz (encore expérimentale) vient d'être produite par l'inclusion de sept nouveaux gènes qui permettent la fabrication de bêta-carotène (le précurseur de la vitamine A) et l'accumulation du fer. Quatre cents millions d'individus dans le monde souffrent de carence en vitamine A et plus de trois milliards de déficience en fer (voir Science (1999) 285, 994-995). Va-t-on considérer que cette espèce de riz, si elle remplit ses promesses, doit faire l'objet d'un moratoire pour cause de risques pour l'environnement ?

Deuxième partie

Les aspects normatifs et judiciaires du principe de précaution

I.- La valeur et le contenu normatifs du principe de précaution

Comme l'a écrit, à juste titre, un auteur¹⁷⁶, les *juristes* « utilisent immodérément et sans précision aucune le terme « principe »... Ainsi l'emploie-t-on indifféremment pour désigner des normes non juridiques ou des règles juridiques obligatoires ». Appliqué à la « précaution », ce mot « principe » laisse donc planer une grande incertitude sur la portée reconnue à la notion étudiée. Est-ce une véritable règle de droit ayant une valeur normative propre et autonome ? (A) Si la réponse est affirmative, quel en est le contenu ? (B)

A.- La valeur normative du principe de précaution

Il existe aujourd'hui de nombreuses dispositions législatives ou réglementaires qui sont incontestablement inspirées du principe de précaution¹⁷⁷. L'un des exemples les plus typiques est fourni par la loi du 13 Juillet 1992 qui a transposé en droit français les directives européennes 90/219 et 90/220 du 21 Avril 1990, relatives à l'utilisation confinée et à la dissémination des organismes génétiquement modifiés, mais on peut en citer bien d'autres, notamment la loi du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier, la loi du 1er Juillet 1998 relative à la veille sanitaire, ainsi que tous les textes qui réglementent la mise sur le marché de médicaments, de certains produits alimentaires ou autres produits présentant des risques pour la santé, la sécurité humaine ou l'environnement. Toutes ces dispositions imposent en effet des précautions destinées à prévenir des atteintes à ces intérêts et ils tiennent compte des risques dont l'existence ou les conséquences ne sont pas encore scientifiquement démontrées.

En revanche, il est moins facile de déterminer si, indépendamment de ces prescriptions spécifiques, le principe de précaution possède par lui-même une valeur normative permettant son application directe sans le support d'aucun texte. Or la réponse à cette question comporte des enjeux importants.

Le principal concerne les pouvoirs du juge en l'absence de toute réglementation de la précaution car, dans cette hypothèse, le fait de pouvoir ou non s'appuyer sur un « principe » lui permet ou, au contraire, lui interdit de fonder sa décision sur un impératif de précaution, ce qui peut être déterminant, par exemple pour apprécier la légalité d'un acte ou la responsabilité des personnes qui ont, par leur comportement, sauvegardé ou compromis la santé, la sécurité d'autrui ou l'environnement.

Ajoutons que l'octroi ou le refus au principe de précaution d'une valeur juridique directe et autonome permet ou empêche également de mettre ce principe en balance avec d'autres règles de droit, reconnues comme telles, par exemple avec le principe de la souveraineté des États¹⁷⁸ ou de la liberté du commerce et de l'industrie, qui commande elle-même la liberté de la concurrence et, au niveau international, la liberté de circulation des

176. M. Kamto : Les nouveaux principes du droit international de l'environnement, R.J.E. (1993) p. 12. Voir également le « Vocabulaire juridique » de H. Capitant réédité par G. Cornu, qui accorde à ce mot sept significations différentes.

177. Voir l'annexe historique par A. Guégan et M. Boutonnet.

178. La question a été soulevée, notamment devant la Cour Internationale de Justice, à propos de la reprise, par la France, des essais nucléaires : voir *infra*, 3, a.

biens et des services entre États. Si le principe de précaution est une véritable règle de droit ayant une portée autonome, il peut en effet justifier des dérogations plus ou moins importantes à ces autres « principes » dont la valeur normative est, quant à elle, reconnue depuis longtemps et parfois définie par des textes explicites. Si, en revanche, il est dépourvu de toute « juridicité », il n'aura pas cet effet.

Or, il faut bien constater que, pour l'instant, ni les textes (1), ni la réflexion doctrinale (2), ni la pratique judiciaire (3) ne permettent d'apporter à cette question une réponse tranchée et définitive.

1. Des textes nombreux, mais de portée incertaine

Bien que la liste des textes qui font plus ou moins explicitement allusion au principe de précaution soit déjà longue¹⁷⁹, ils le présentent généralement comme une simple orientation de politique générale à l'intention du législateur.

D'abord, la plupart de ces textes n'en donnent qu'une définition très vague¹⁸⁰ qui n'est d'ailleurs nullement constante¹⁸¹, ou même ne font que le signaler sans le définir¹⁸². En outre, leur nature même laisse souvent planer un doute sur leur aptitude à édicter une véritable règle de droit. C'est le cas, en particulier, des **déclarations d'intention** qui émanent d'organisations internationales¹⁸³. En effet, ces déclarations n'ont aucune valeur juridique contraignante, même pour les États auxquels elles s'adressent.

A priori, en revanche, lorsque le principe de précaution est énoncé par un **traité** ou une **convention internationale**, il devrait acquérir la valeur normative qui s'attache à ces instruments, c'est-à-dire qu'en droit français il devrait avoir, en application de l'article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à celle de la loi. Cependant, la façon dont il est exprimé atténue sensiblement cette portée car il est presque toujours présenté, non pas comme un règle d'application immédiate, s'imposant aux citoyens et dont les juges doivent tenir compte dans leurs décisions, mais comme une simple directive destinée à orienter l'action politique, c'est-à-dire à inspirer le législateur et l'autorité réglementaire¹⁸⁴. Ainsi, l'article 130-R du Traité de Maastricht, devenu

179 Ils ont été récapitulés par A. Laudon et C. Noiville dans un rapport remis au Ministère de l'Environnement le 16 Novembre 1998 (pp. 4-7).

180 Ils ne font souvent allusion qu'à l'incomplétude des preuves scientifiques du risque ou de ses conséquences. Voir la résolution de 1991 introduite dans la Convention de 1972 sur l'immersion des déchets en mer du Nord, les paragraphes VII et XVI-I de la 2ème conférence internationale sur la pollution de la mer du Nord de Novembre 1987, le préambule de la convention de Rio de 1992 sur la diversité biologique.

181 Parfois, ils font allusion au caractère irréversible des dommages envisageables (convention-cadre sur le changement climatique de New York, 9 Mai 1992 ; protocole à la convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979, relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, Oslo, 14 Juin 1994 ; déclaration de la conférence de Bergen sur le développement durable, 6 Août 1990 (§ 7) ; déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 Juin 1992, principe 15 ; loi française du 2 Février 1995) mais souvent ce n'est pas le cas (Convention sur l'immersion des déchets en mer du Nord, résolution de 1991 ; convention sur la diversité biologique de Rio de 1992, préambule ; convention de Paris sur la prévention de la pollution marine de l'Atlantique nord-est, 22 Septembre 1992, art. 2 ; 2ème conférence internationale sur la protection de la mer du Nord, Novembre 1987, § VIII et XVI-I ; commission d'Oslo, 14 Juin 1985, décision 89-1). Parfois, ils se réfèrent au bilan coût/avantage (protocole à la convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979 relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, Oslo, 14 Juin 1994 ; charte mondiale de la nature, 28 Octobre 1992, art. 11.b ; loi Barnier du 2 Février 1995) mais ce n'est pas la règle.

182 Art. 130R du Traité de Maastricht devenu l'article 174 du Traité d'Amsterdam.

183 C'est le cas de la charte mondiale de la nature du 28 Octobre 1982, de la 2ème conférence internationale sur la protection de la mer du Nord, de Novembre 1987, de la déclaration de la conférence de Bergen sur le développement durable de 1990, de la décision 89-1 du 14 Juin 1989 émanant de la commission d'Oslo, de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 Juin 1992.

184 ... »Les signataires (États) se guideront en matière de protection de l'environnement sur une « approche de précaution » (convention sur l'immersion des déchets en mer du Nord, Londres, 1972, résolution de 1991).

« Il incombe aux parties (États) de prendre des mesures de précaution... » (convention cadre sur le changement climatique, New York, 9 Mai 1992, art. 3).

« Les parties contractantes appliquent le principe de précaution... » (convention de Paris pour la prévention de la pollution marine de l'Atlantique du nord-est, 22 Septembre 1992, art. 2).

« Les parties, résolues à prendre des mesures de précaution... » (protocole à la convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979 relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre).

l'article 174 du Traité d'Amsterdam, dispose : « *la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive...* ».

Cette présentation n'attribue donc pas directement au principe de précaution la valeur d'une règle de droit applicable sans le support d'une législation ou d'une réglementation spécifique. En va-t-il autrement de la **loi Barnier** du 2 Février 1995 qui est généralement présentée comme ayant introduit en droit français interne le principe de précaution ? *A priori*, on pourrait le penser car l'article premier de cette loi le présente comme l'un des principes généraux du droit de l'environnement et en donne une véritable définition¹⁸⁵. Toutefois, à examiner le texte de plus près, le doute s'introduit car il ne reconnaît à ces principes qu'une portée indirecte en précisant qu'ils doivent « **inspirer** » la **législation de l'environnement** » et ceci « **dans le cadre des lois qui en définissent la portée** ».

Aucune de ces dispositions écrites n'accorde donc explicitement une portée juridique autonome au principe de précaution. Certes, elles n'interdisent pas non plus de lui reconnaître une valeur normative directe, mais elles laissent la question en suspens, ce qui incite à se tourner, pour tenter de trouver la solution, vers la réflexion doctrinale et la jurisprudence.

2. Des opinions doctrinales contrastées

La question de la valeur normative ou de la « *juridicité* » du principe de précaution a été et reste très controversée en doctrine¹⁸⁶. Pour un certain nombre d'auteurs, il ne s'agirait que d'une simple directive destinée à orienter l'action du législateur et de l'autorité réglementaire, mais non d'une règle de droit ayant une valeur autonome. C'est le point de vue qu'exprime, par exemple, Olivier Godard lorsqu'il écrit qu'« *en l'état actuel des choses, la précaution est un principe moral et politique... mais ne constitue pas une règle juridique* »¹⁸⁷. De même, Jacques-Henri Stahl affirme-t-il, dans les conclusions qu'il a présentées au Conseil d'État, à propos de l'affaire du maïs transgénique, que les principes inscrits à l'article L.200-1 du code rural ne sont que des « *principes politiques destinés à guider l'action législative et réglementaire en matière d'environnement, tant du moins que le législateur ne décide pas de les ignorer* » et que, « *au plan strictement juridique* », ce texte ... « *ne respire pas l'applicabilité immédiate et autonome* ».

On peut également citer, dans la même ligne, l'opinion du Président Marceau Long selon laquelle « *la précaution (...) n'est encore, même lorsqu'elle est prévue par les textes, qu'un principe politique... mais (...) n'est pas encore une règle de droit qui appellerait une définition précise et aurait des conséquences également précises* », ajoutant que « *le législateur (...) paraît se méfier de sa transformation en norme juridique et précisément de l'incertitude quant aux suites de cette transformation* »¹⁸⁸.

Pourtant, cette opinion est loin d'être unanime. Plusieurs auteurs ont en effet avancé l'idée que le principe de précaution pourrait être assimilé à un « **standard de jugement** », c'est-à-dire à une règle souple, laissée à la disposition du juge qui en définirait progressivement la portée, en fonction des intérêts en jeu. Ainsi, selon Pierre Lascoumes, « *la précaution constitue ce que les juristes appellent un standard de jugement dont le sens est à construire casuistiquement, enjeu par enjeu -contrairement aux normes classiques dont le contenu est plus précisément borné a priori-, pour répondre à des problèmes spécifiques de prise en compte de risques aux effets*

« Les participants reconnaissent la protection de l'écosystème marin de la mer du Nord... » (2ème conférence internationale sur la protection de la mer du Nord), Novembre 1987 (VII et XVI-I).

« Afin de parvenir au développement durable, les politiques doivent être fondées sur le principe de précaution (déclaration de la conférence de Bergen sur le développement durable, 6 Août 1990, 7).

... »Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités »... (déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 Juin 1992, principe 15).

185. Il s'agit du principe, inscrit à l'article 200-1 du code rural, « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».

186 Voir à ce sujet S. Andriantsinabazovina : le Conseil d'État et le principe de précaution, Revue Droit Administratif, Juin 1999, p. 5.

187. Voir la conférence prononcée à l'Université Libre de Bruxelles, le 18 Novembre 1998, dans le cadre du séminaire sur le principe de précaution. Voir également « Repères », Revue Esprit, Juin 1996, p. 189.

188 Préface au livre dirigé par Olivier Godard, « Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines » (1997) Paris, éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, p. 21

reportés ou continus »¹⁸⁹. Cette notion de « standard » qui permet de concilier l'admission d'une certaine valeur normative avec la souplesse et l'indétermination provisoire du contenu de la règle¹⁹⁰, semble de mieux en mieux acceptée aujourd'hui pour caractériser la portée juridique du principe de précaution¹⁹¹.

Il faut cependant noter qu'une frange de la doctrine n'exclut pas que, dans un proche avenir, un pas supplémentaire puisse être fait en direction d'une intégration plus franche du principe de précaution dans l'ordre juridique, cette règle étant assimilée à un « principe général du droit »¹⁹². Dans cette hypothèse, le principe de précaution acquerrait alors une portée considérable, allant jusqu'à en faire éventuellement l'instrument d'un contrôle de constitutionnalité¹⁹³. Toutefois, cette perspective ne pourrait être sérieusement envisagée qu'à la condition que le contenu de ce principe ait été préalablement défini de manière précise¹⁹⁴, ce qui n'est pas encore le cas¹⁹⁵.

3. La jurisprudence : l'opposition entre l'attitude des juridictions internationales et celle des juridictions communautaires et nationales

Le problème de la valeur normative du principe de précaution et de son applicabilité directe a été posé à plusieurs juridictions internationales (a) ainsi qu'à la Cour de Justice des Communautés Européennes (b) et aux juridictions nationales (c).

(a) La jurisprudence internationale

1) La Cour Internationale de Justice évite de se prononcer

À deux reprises, la Cour Internationale de Justice a été saisie d'une argumentation tirée du principe de précaution et, dans les deux cas, elle a refusé de statuer sur ce fondement.

La première affaire est celle qui a été déclenchée par la reprise des essais nucléaires français en 1992. La Nouvelle Zélande a, en effet, attaqué la France à ce propos et, en s'appuyant sur une conception radicale du principe de précaution, elle a sommé cette dernière de faire la preuve de l'innocuité totale de ces essais pour l'environnement. À quoi la France a répondu que le statut du principe de précaution en droit positif est « tout à fait incertain » et que, de toutes façons, il n'entraîne pas un renversement total de la charge de la preuve, les éléments fournis suffisant, selon elle, à justifier qu'elle avait respecté le principe.

Quant à la Cour Internationale de Justice, elle a éludé le débat sur ce terrain. Par son ordonnance du 22 Septembre 1995, elle a rejeté la demande de la Nouvelle Zélande pour des motifs tout à fait différents tenant à la procédure utilisée par l'État demandeur¹⁹⁶.

De même, dans une autre affaire qui a opposé, deux ans plus tard, la Hongrie et la Slovaquie au sujet d'un grand projet d'aménagement d'écluses sur le Danube, la Cour Internationale de Justice a encore évité de se prononcer directement sur l'application du principe de précaution qui était invoqué à mots couverts par la

189. P. Lascoumes, « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, Novembre 1997, p. 129 et suivantes ; « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », *l'Année sociologique*, 1996, p. 359 et suivantes.

190. Voir sur cette notion de « standard », Stéphane Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard » (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), préface A. Weill, Paris, L.G.D.J., bibliothèque de droit public, tome 135 (1980) ; A.A. Al Sanhoury, « Le standard juridique », in: *Etudes GENY*, tome II, Sirey (1937) p. 144 ; P. Delebecque, « Les standards dans les droits romano-germaniques », *Actes du colloque organisé à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille*, R.R.J. (1988) p. 871 ; P. Jestaz, « Rapport de synthèse », *ib.*, p. 1181.

191. Voir G. Martin « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, ch. p. 300 ; L. Boy, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ? », « *les Petites Affiches* », 8 Janvier 1997, p. 4 ; et *La nature juridique du principe de précaution*, *Nature-Sciences-Scociété* (1999), vol. 7, n° 3, p; 5-.

192. A. Laudon et C. Noiville, « Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC », rapport précité, p. 37.

193. Ce serait le cas si le Conseil Constitutionnel lui reconnaissait la portée d'un « objectif de valeur constitutionnelle », voir B. Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1995, p. 47 et suivantes.

194. A. Laudon et C. Noiville, rapport précité, pp. 41-42 ; P.M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP* (1997) p. 873 et suivantes, n° 17.

195 Voir *infra*, B.

196 Voir M. Torelli, « La reprise des essais nucléaires français », *Annuaire français de Droit International*, n° 41, 1er Janvier 1995, p. 755 ; P. Sands, « Droit international de l'environnement : le point en France », *RGDIP* (1997) p. 470 et suivantes.

Hongrie pour se libérer de ses engagements et arrêter les travaux. La juridiction internationale a préféré, le 25 Septembre 1997, se placer sur le terrain de la force majeure.¹⁹⁷

2) L'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce. adopte une position mitigée

C'est dans l'affaire dite de « la viande aux hormones » initiée par les États-Unis et le Canada contre la décision d'embargo prise par les communautés européennes sur la viande provenant d'animaux traités aux hormones, que l'organe d'appel a été appelé à prendre parti sur la valeur normative du principe de précaution.

Cette question lui avait été posée de la façon la plus claire, ainsi que le rappellent les paragraphes 121 et 122 du rapport remis le 16 Janvier 1998. « *Le principal argument des Communautés européennes* » y lit-on « *est que le principe de précaution est, ou est devenu une règle coutumière générale de droit international ou du moins un principe général du droit... Les communautés européennes estiment que l'application du principe de précaution signifie qu'il n'est pas nécessaire que tous les scientifiques du monde entier soient d'accord sur la possibilité et l'ampleur du risque ni que tous les membres de l'OMC, ou la plupart d'entre eux, prévoient et évaluent les risques de la même façon... Les communautés européennes ajoutent que les mesures communautaires en cause sont des mesures de précaution... Les États-Unis ne considèrent pas le principe de précaution comme une règle de droit international et coutumier et ils estiment qu'il s'agit d'une « approche » plus que d'un « principe ». Le Canada considère lui aussi que le principe de précaution ne fait pas encore partie intégrante du droit international public ; toutefois, il reconnaît que le concept ou « approche de précaution » est un principe de droit naissant qui pourrait à l'avenir devenir « l'un des principes généraux du droit reconnu par les nations civilisées » au sens de l'article 38, b), c) du statut de la Cour Internationale de Justice ».*

La netteté des positions avancées appelait donc une réponse. Or celle qu'a donnée l'organe d'appel est pour le moins embarrassée : « *...Le statut du principe de précaution dans le droit international coutumier* », affirme-t-il, « *n'a cessé de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général de droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons toutefois qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante mais abstraite. Nous retenons que le groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité* ».

De ce constat de carence, l'organe d'appel a donc tiré la conséquence que c'est en appliquant strictement le texte des accords conclus sous l'égide de l'OMC qu'il convient de trancher les litiges suscités par la volonté de certains Membres de s'opposer, pour des raisons de santé ou de sécurité, à l'importation de produits en provenance du territoire d'autres États-Membres. Certes, relève-t-il, l'accord applicable en l'espèce, c'est-à-dire l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) n'ignore pas totalement le principe de précaution. Il y fait, au contraire, allusion, notamment à l'article 5-7 et à l'article 3-3. Toutefois, cette référence n'équivaut pas, d'après l'organe d'appel, à une incorporation dudit principe, ce qui le conduit à affirmer qu'elle ne saurait prévaloir sur l'exigence d'une preuve scientifique des risques qui est, quant à elle, imposée par l'article 5-1 et 2.

En définitive, il est donc clair que, jusqu'à présent, les juridictions internationales sont restées très réticentes à l'égard de l'application directe du principe de précaution auquel elles n'ont jamais reconnu la valeur d'une règle de droit autonome.

(b) La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE) est favorable à l'application directe du principe de précaution.

La CJCE a eu, à deux reprises, à préciser sa position au sujet de la valeur normative du principe de précaution. Or, dans l'un de ces deux cas, sans affirmer explicitement qu'il s'agit d'une règle de droit ayant une portée propre, elle l'a en fait traitée comme telle et, dans l'autre, elle a explicitement pris position en faveur de son applicabilité directe. Quant au Tribunal de première instance des Communautés (TPI), il a également pris parti dans le même sens.

1) L'affaire des filets maillants dérivants

197 Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros, ... du 25 Septembre 1997.

Le premier litige a été provoqué par une question préjudicielle posée à la Cour de Justice par le tribunal de commerce de la Roche-sur-Yon au sujet de la validité d'une disposition d'un règlement de la Communauté Européenne interdisant la pêche, dans l'Atlantique du nord-est, au moyen de filets maillants dérivants d'une longueur supérieure à 2 km 500. La société d'armement qui avait déclenché l'action devant le tribunal de commerce et se trouvait en position de demandeur devant la Cour de justice, contestait la nécessité de cette mesure qui, disait-elle, n'était pas justifiée par des raisons scientifiques, les avis disponibles n'ayant constaté aucune menace pour les stocks de thon blanc dans l'Atlantique nord-est à laquelle cette interdiction était censée répondre.

À cet argument, l'avocat général avait opposé le principe de précaution. Or, sans invoquer explicitement celui-ci, la Cour de justice a, par son arrêt du 24 Novembre 1993, admis l'objection au motif que « *les mesures de conservation des ressources de pêche ne doivent pas être pleinement conformes aux avis scientifiques et que l'absence ou le caractère non concluant d'un tel avis ne doit pas empêcher le Conseil d'adopter les mesures qu'il juge indispensables pour réaliser les objectifs de la politique commune de la pêche* ».

Il semble bien qu'on puisse voir là une application implicite mais directe du principe de précaution.

2) *L'affaire de l'ESB (encéphalopathie spongiforme bovine)*

L'autre litige qui a amené la CJCE à prendre parti sur la valeur normative de ce principe trouve son origine dans les mesures d'embargo prononcées contre l'importation dans les autres pays de la Communauté Européenne de la viande bovine en provenance du Royaume-Uni, à la suite de la crise dite « de la vache folle ».

Cette affaire avait donné lieu à un recours en référé tendant à obtenir le sursis à l'application des mesures d'embargo et à deux recours au fond, dont l'un tendait à l'annulation de ces mesures (affaire 180/96) et l'autre posait à la Cour une question préjudicielle relative à leur validité (affaire 157/96). Or les décisions rendues sur ces différents recours permettent de caractériser une position nettement favorable à la reconnaissance de l'applicabilité directe du principe de précaution.

L'ordonnance de référé prononcée le 12 Juillet 1996 a rejeté la demande de sursis en se fondant sur une motivation qui évoque très fortement le principe de précaution. « *La maladie de Creutzfeld-Jakob et plus particulièrement la variante découverte récemment n'est encore* » reconnaît la Cour « *qu'imparfaitement connue des scientifiques* », mais poursuit-elle « *son caractère mortel a été rappelé au cours de l'audience. Il n'y existe actuellement aucun remède. Vu le fait que l'explication la plus probable de cette maladie mortelle est une exposition à l'ESB, aucune hésitation n'est permise. Tout en admettant les difficultés d'ordre économique et social engendrées au Royaume-Uni par la décision de la Commission, la Cour ne fait que reconnaître l'importance prépondérante à accorder à la protection de la santé* ».

Bien qu'il ne soit pas désigné par son nom, le principe de précaution apparaît donc ici en filigrane.

Quant aux deux arrêts rendus sur le fond, le 5 Mai 1998, ils sont encore plus nets à cet égard. Par une motivation identique, tous deux affirment en effet que « *lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées* » et que « *cette approche est corroborée par l'article 130-R, paragraphe 1 du traité de la communauté européenne selon lequel la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Le paragraphe 2 du même article prévoit que, cette politique visant un niveau de protection élevé, se fonde notamment sur les principes de précaution et d'action préventive et que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la communauté* ».

Ces décisions présentent donc une importance toute particulière. En effet, non seulement elles ont reconnu sans ambiguïté l'applicabilité directe du principe de précaution sur lequel elles se sont appuyées pour justifier des mesures tenant en échec le principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté, mais elles l'ont fait dans un domaine -le droit de la santé -qui est étranger à celui que désigne spécialement l'article 130-R du Traité de Maastricht, devenu l'article 174 du Traité d'Amsterdam, à savoir l'environnement.

Ajoutons qu'à propos d'une action en responsabilité exercée contre la Commission par un producteur de crèmes solaires qui avaient été interdites à tort, selon lui, le Tribunal de Première Instance des Communautés (TPI) a repris exactement le même motif que celui des arrêts de la Cour du 5 Mai 1998¹⁹⁸.

198 TPI, Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm S.A. et J.J. Goupil contre Commission, aff. T.199/96, 16 Juillet 1998, rec. II 2805, point 66, p. 2826.

Il n'est donc désormais plus possible de douter qu'en droit communautaire le principe de précaution ait acquis la valeur d'une véritable règle de droit d'application directe.

Est-ce également la position des jurisprudences nationales ?

(c) Les jurisprudences nationales expriment des positions très diverses

1) Des désaccords entre jurisprudences étrangères

Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, on se contentera de souligner ici, comme révélatrice des désaccords entre jurisprudences nationales, une divergence sensible entre les positions adoptées respectivement par les tribunaux de deux pays relevant l'un et l'autre du droit de la « common law », à savoir l'Angleterre, d'une part, et l'Australie, de l'autre.

En Angleterre, un procès s'est déroulé en 1994 et 1995¹⁹⁹ entre les parents de plusieurs enfants leucémiques et le Secrétariat d'État au commerce et à l'industrie auquel il avait été reproché de ne pas s'être opposé à la pose de câbles électriques souterrains au nord-est de Londres. Les demandeurs s'appuyèrent sur l'hypothèse évoquée par certains scientifiques de l'effet cancérigène des champs électromagnétiques émis par les lignes à haute tension et ils invoquèrent le principe de précaution inscrit dans le « livre blanc » anglais sur l'environnement de 1990 et dans l'article 130-R du Traité de Maastricht.

La « Queen's bench division » puis la « Court of appeal » rejetèrent la demande au motif que ni le « livre blanc », ni l'article 130-R du Traité de Maastricht ne permettent une application directe en Angleterre du principe de précaution, le premier parce qu'il ne remet pas en cause le pouvoir discrétionnaire du ministre, le second parce qu'il est uniquement destiné à inspirer la politique de la Communauté en matière d'environnement.

Cette position, franchement négative, contraste avec celle, beaucoup plus nuancée, des juges australiens qui, dans plusieurs affaires, ont, en s'appuyant sur des textes dont la portée juridique n'était *a priori* pas plus déterminante que ceux qui avaient été invoqués dans l'affaire anglaise, pris en considération le principe de précaution au moins comme susceptible d'influencer l'interprétation de prescriptions relevant du droit interne²⁰⁰.

2) En France, le silence des juridictions judiciaires contraste avec l'adhésion explicite des juridictions administratives au principe de précaution.

Il est frappant de constater qu'en France, **les juridictions judiciaires paraissent, jusqu'à présent, ignorer à peu près complètement le principe de précaution**²⁰¹. Elles connaissent certes les notions de « prudence » et de « diligence » dont elles font couramment usage, notamment dans le contentieux des responsabilités civile et pénale en y incluant d'ailleurs souvent le manque de précautions²⁰², mais sans se référer à la notion technique de « précaution », telle qu'elle est définie, par exemple, par la loi Barnier du 2 Février 1995.

En revanche, **le juge administratif y a fait allusion** ces dernières années dans quelques arrêts, encore rares et rédigés, pour certains, de manière assez allusive, mais qui marquent tout de même **une intention de plus en plus nette de lui reconnaître une certaine valeur normative**²⁰³.

C'est, semble-t-il, par l'arrêt Rossi du 4 Janvier 1995²⁰⁴ que le Conseil d'État a manifesté pour la première fois son intérêt pour la notion de « précaution ».

Le propriétaire de parcelles comprises dans le périmètre de protection rapprochée d'un captage d'eau, sollicitait l'annulation de la déclaration d'utilité publique. Estimant que la superficie de la zone considérée était insuffisante pour garantir une protection efficace du captage, le tribunal administratif de Montpellier avait annulé l'arrêté de déclaration d'utilité publique. Or, pour confirmer cette décision, le Conseil d'État a jugé que « *le fait que le test d'infiltration à la fluorescence n'ait pas permis de confirmer les risques ainsi que le fait que le*

199 « Secretary of State for Trade and Industry » *versus* Duddridge and other, Queen's bench division, 5 Octobre 1994 ; Court of Appeal (civil division) 6 Octobre 1995.

200. Voir C. Giraud, « Le droit et le principe de précaution : leçons d'Australie », Revue Juridique de l'environnement, 1997, p. 21.

201. Dans l'affaire du sang contaminé les juges ne se sont pas placés sur le terrain du principe de précaution, bien que celui-ci ait été sous-jacent à leur raisonnement.

202. Voir *infra*, VI, B.

203. Voir C. Cans, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », Revue de française de droit administratif (1999) p. 750 et suivantes.

204. Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz (1995) p. 232 et note de O. Sachs.

rapport hydrologique n'ait pas estimé que le périmètre de protection rapproché était insuffisant, ne sont pas de nature à démontrer à eux seuls l'absence de nécessité d'élargir le périmètre de protection rapprochée en cause afin de garantir la qualité des eaux ».

Que cette motivation révèle l'intention de consacrer l'application du principe de précaution, on pourrait *a priori* en douter, tant la formule employée est vague et peu significative. Pourtant, un commentateur particulièrement attentif l'a soutenu²⁰⁵ et l'arrêt est effectivement cité dans le passage consacré au principe de précaution du rapport public du Conseil d'État pour l'année 1998²⁰⁶.

Toutefois, si on néglige plusieurs autres décisions, parfois présentées comme favorables à l'admission de ce principe, mais dont la lecture est, à vrai dire, peu convaincante à cet égard²⁰⁷, c'est l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 25 Septembre 1998, dans l'affaire Greenpeace-France²⁰⁸ qui est de beaucoup le plus révélateur de la volonté de la haute juridiction administrative d'accorder à la « précaution » une certaine valeur normative.

Dans cette affaire, le Conseil d'État, qui était par ailleurs saisi d'une demande d'annulation de l'arrêté du 5 Février 1998 ayant permis l'inscription au catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France de trois variétés de maïs transgénique produites par la Sté Novartis, avait à se prononcer sur une demande de sursis à l'exécution de cet arrêté présentée par l'association Greenpeace-France. Il a effectivement prononcé le sursis au motif que cette exécution pouvait avoir des conséquences graves si cet arrêté était finalement annulé et qu'il y avait précisément un moyen sérieux d'annulation. Or, pour caractériser ce « moyen sérieux », il ne s'est pas contenté de relever un vice de forme (l'avis de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire ayant été rendu au vu d'un dossier incomplet). Il a ajouté une référence explicite au « *principe de précaution énoncé à l'article 200-1 du code rural* » que l'association demanderesse avait invoqué et que les juges présentent comme un motif distinct d'annulation²⁰⁹.

L'intention de reconnaître une valeur normative propre au principe de précaution est donc ici caractérisée. Elle est d'ailleurs d'autant plus nette que l'arrêt a été rendu contre l'avis du Commissaire du Gouvernement, M. Stahl, qui avait, quant à lui, consacré, dans ses conclusions, des développements extrêmement riches à ce principe²¹⁰ et invité le Conseil d'État à ne pas lui reconnaître la valeur d'une règle de droit d'application directe et immédiate et à ne pas invoquer à l'appui de sa décision l'article 200-1 du code rural²¹¹.

On rapprochera de cet arrêt celui qui a été rendu le 5 Novembre 1998 par la Cour administrative d'appel de Bordeaux à propos d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté qui avait autorisé la COGEMA à exploiter un entreposage d'oxyde d'uranium appauvri sur le site industriel de Bessine. Le tribunal administratif de Limoges avait annulé cet arrêté et condamné la COGEMA à des dommages et intérêts. Or, la cour d'appel de Bordeaux a annulé ce jugement. Après avoir énuméré les mesures de surveillance et de contrôles prises par la COGEMA, elle a affirmé que « *le principe de précaution mentionné à l'article 200-1 du code rural n'a pas été méconnu en l'occurrence* », ce qui manifeste implicitement mais clairement son intention de reconnaître à ce principe une valeur normative directe et autonome.

Enfin, on signalera un arrêt -cette fois tout à fait explicite- rendu par le Conseil d'État le 28 Juillet 1999²¹². Il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté déclarant d'utilité publique les travaux d'installation d'une ligne à haute tension et approuvant les nouvelles dispositions d'un plan d'occupation des

205. O. Sachs, précité.

206. Note 97, p. 257

207. Outre les arrêts le Bras et Rivarol du 7 Juillet 1997 (n° 179139) et du 13 Mars 1998 (n° 172906) qui ont été cités par J.H. Stahl dans ses conclusions à propos de l'affaire Association Greenpeace/France, on peut citer CE 27 Janvier 1995, Union des associations de sauvegarde du plateau de Saclay, recueil Lebon, p. 47 ; CE 31 Mars 1995, Sté des Laboratoires L. Lafon (n° 151841) ; CE 30 Avril 1997, commune de Quevillon (n° 159224) ; CE 3 Avril 1998, Corderoy du Tiers (n° 172554).

208 JCP 1998, II-10216, note de J. de Malafosse. Cf. recueil Lebon.

209. « *Considérant que les associations... invoquent le principe de précaution énoncé à l'article 200-1 du code rural ET les dispositions de l'article 15 de la loi du 15 Juillet 1992...* » (La conjonction ET révèle ce caractère distinct).

210. C'est l'objet de la partie V de ses conclusions, p. 11 à 18.

211. « *...pour ces raisons nous croyons que vous pourriez vous en tenir fidèlement à la lettre de la loi et considérer que les dispositions de l'article 200-1 du code rural ne peuvent être utilement invoquées dans le cadre du présent recours pour excès de pouvoir. Cette lecture nous semble la plus orthodoxe au plan juridique. C'est celle que vous avez réservée à d'autres principes tout aussi estimables comme le droit d'asile pour les combattants de la liberté ou la solidarité devant les calamités nationales...* »

212. Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension », requête 184268.

sols. Plusieurs griefs étaient adressés à cette décision administrative. En particulier, les requérants invoquaient différents inconvénients de l'installation de la ligne qui, à leurs yeux, étaient excessifs eu égard à l'intérêt de celle-ci, ce qui aurait dû faire obstacle, d'après eux, à la déclaration d'utilité publique. Or, le Conseil d'État a rejeté cet argument au motif que ... » *l'atteinte aux paysages et aux sites ainsi qu'au patrimoine culturel, à la flore et à la faune, ou au cadre de vie et au développement touristique de la zone intéressée, n'est pas, compte tenu notamment des mesures prises pour la limiter et satisfaire aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article 200-1 du Code rural, de nature à retirer à l'ouvrage son caractère d'utilité publique* ». Le respect du principe de précaution est ainsi clairement présenté comme une condition de la déclaration d'utilité publique. C'est un élément décisif du bilan coût/avantage nécessaire à cette déclaration.

De ces décisions il résulte donc que, **dans le domaine de l'environnement**, la jurisprudence administrative tend désormais à reconnaître que les principes énumérés par l'article 200-1 du code rural sont de véritables règles de droit ayant une portée propre indépendamment d'éventuelles réglementations qui en seraient inspirées.

Mais ce qui est encore plus frappant, c'est de constater que le Conseil d'État tend à adopter une position comparable **dans le domaine de la santé publique** où n'existe pourtant aucun support légal équivalent à celui que fournit, en matière d'environnement, l'article 200-1 du code rural.

Deux arrêts rendus à propos de recours dirigés contre des actes administratifs interdisant l'emploi de certains produits d'origine bovine pour des usages dérivés révèlent nettement cette orientation.

Dans une première affaire qui a donné lieu à un arrêt du 21 Avril 1997²¹³, le Conseil d'État avait à statuer sur la légalité d'un arrêté portant suspension de la mise sur le marché d'un produit ayant le caractère d'un « dispositif médical »²¹⁴. Or, il a jugé « *qu'en estimant, à la date d'intervention de l'arrêté attaqué, et compte tenu des précautions qui s'imposent en matière de protection de la santé publique, que la fabrication, l'importation, la mise sur le marché et l'utilisation du produit X, contenant du collagène bovin et utilisé sur le corps humain, devaient être suspendues pour une durée d'un an, les signataires de l'arrêté du 28 Mars 1996 n'avaient pas entaché leur décision d'une appréciation manifestement erronée au regard des dispositions combinées des articles L-221-5 et L-221-8 du code de la consommation* ».

Un autre recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret interdisant l'emploi de certains « *tissus ou liquides corporels d'origine bovine* » présentant des risques potentiels de transmission de l'agent de l'ESB, d'une part, dans les aliments pour bébés et, d'autre part, dans les composants alimentaires, a donné au Conseil d'État une nouvelle occasion de confirmer sa position. En effet, après avoir retenu que si la transmission placentaire de l'agent de l'ESB n'est pas établie scientifiquement, elle n'est pas non plus exclue, la haute juridiction en a déduit « *qu'en décidant, eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, d'édicter les interdictions faisant l'objet du décret attaqué, qui s'appliquent à des aliments destinés à des enfants en bas âge ainsi qu'à des compléments alimentaires qui peuvent contenir des quantités élevées des tissus en cause, le Premier Ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation* »²¹⁵.

Un troisième arrêt, rendu par le Conseil d'État le 30 Juin 1999²¹⁶, a pris la même position à propos d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté ayant interdit la commercialisation de médicaments homéopathiques fabriqués à partir de souches homéopathiques d'origine humaine.

Ces décisions ne s'appuient pas explicitement sur le principe de précaution mais elles en font pratiquement application sans se fonder sur un texte spécifique.

L'évolution qui vient d'être retracée montre donc que si, au niveau international, le principe de précaution n'est pas encore reconnu comme une règle coutumière directement applicable en l'absence de réglementations particulières, la tendance à conférer à ce principe une valeur normative autonome et directe est, en revanche, très nette, tant au plan européen qu'au plan national.

D'ailleurs, il est clair que cette orientation est aujourd'hui favorisée par un mouvement d'opinion extrêmement fort, auquel le juge ne peut donc rester insensible, mais qui impose une délimitation plus précise du

213. Arrêt Barbier (n° 180274).

214. Soumis comme tel aux articles L.665-3 et suivants du code de la santé publique.

215. Conseil d'État, 24 Février 1999, Pro-Nat (n° 192465). Cet arrêt a été rendu sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, J.C. Bonichot. Il doit être publié au recueil Lebon.

216. Arrêt Germain, à mentionner dans les tables du recueil Lebon.

contenu de cette nouvelle règle de droit²¹⁷. **Cet effort est d'autant plus nécessaire que le caractère directement applicable de celle-ci risque de lui conférer des effets inattendus et d'accentuer son caractère paralysant.**

B.- Le contenu normatif du principe de précaution

1. La nécessité de préciser le contenu normatif du principe de précaution

Le contenu du principe de précaution est affecté d'une particulière imprécision qui tient à **la variété des conceptions qui en ont été présentées**²¹⁸.

La plus radicale -que défendent certaines associations- lui assigne pour objectif de garantir « le risque zéro » et privilégie systématiquement, dans la représentation des dangers possibles, le « scénario du pire ». Les partisans de cette vision que l'on peut qualifier d'« intégriste », en tirent donc des conséquences importantes. Notamment, ils estiment que ce principe impose en toute hypothèse au décideur d'apporter la preuve de l'innocuité totale de l'acte qu'il accomplit ou qu'il autorise. Pour eux, l'admission du principe de précaution entraînerait donc un renversement complet de la charge de la preuve par rapport à la situation antérieure qu'ils présentent comme imposant, en toute hypothèse, à la victime la preuve du dommage et de son imputabilité à l'activité critiquée. Ils soutiennent également que le moindre soupçon de risque doit conduire au moratoire ou même à l'abstention définitive. Enfin, ils rejettent par principe les limitations de la précaution qui seraient liées au coût économique de celle-ci.

Cette conception de la précaution est évidemment irréaliste et dangereuse car son application risque de conduire à une paralysie totale de l'activité économique.

À l'opposé, certains proposent de n'appliquer le principe de précaution qu'en présence d'un risque qui soit à la fois très probable et de nature à provoquer des dommages graves et irréversibles. Ils estiment que ce principe n'entraîne pas un renversement de la charge de la preuve. Ils écartent en principe l'abstention ou le moratoire et préconisent une prise en compte systématique des coûts économiques qui doivent, selon eux, toujours être mis en balance avec l'avantage escompté des mesures de précaution, celles-ci n'étant mises en œuvre que si elles apparaissent nettement moins onéreuses que ne le serait la réalisation du risque.

Cette **représentation minimaliste** du principe de précaution en réduit donc l'utilité et, poussée à l'extrême, elle tend à assimiler purement et simplement la « précaution » à la prévention.

Intermédiaire entre ces deux conceptions, la position qui semble la plus répandue aujourd'hui subordonne la mise en œuvre du principe de précaution à l'énoncé d'une hypothèse de risque scientifiquement crédible, qui soit admise comme plausible par une partie significative de la communauté scientifique au moment où la décision est prise. Elle conduit à laisser au juge la possibilité de répartir la charge de la preuve en fonction de la vraisemblance et des moyens dont chacune des parties dispose pour apporter cette preuve. Elle privilégie en principe les mesures positives, notamment les recherches qui permettent une évaluation de plus en plus précise du risque, mais elle n'exclut pas le moratoire lorsque celui-ci s'avère nécessaire pour éviter des conséquences graves ou irréversibles. Enfin, dans l'établissement du bilan coût/avantage, elle permet de tenir compte non seulement des coûts économiques appréciés avec souplesse, mais également d'autres facteurs (sociaux, culturels, éthiques...).

Ces conceptions diffèrent donc profondément les unes des autres et elles attribuent au « principe de précaution » des conséquences très inégales, ce qui impose par conséquent un choix entre elles.

L'utilité de ce choix apparaît, même si l'on ne voit dans ce principe qu'une simple directive destinée à orienter l'action politique, car il est important que cette action soit cohérente. Cependant, cette utilité se transforme en nécessité à partir du moment où la précaution devient une véritable règle de droit directement applicable au cours de procès portant sur la légalité des actes administratifs ou la responsabilité des décideurs. En effet, elle risque alors, à défaut de toute délimitation de son contenu, de devenir un puissant facteur

217. Voir, sur ce lien entre la question de la valeur normative du principe et la définition du contenu de celui-ci, C. Noiville, rapport précité, pp. 41-42 ; P.M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », RGDI (1997) p. 873 et suivantes, n° 17.

218. Voir à ce sujet, C. Lepage, « Que faut-il entendre par principe de précaution ? », Gazette du Palais, 8-9 Octobre 1999.

d'insécurité aussi bien pour les décideurs -exposés à des responsabilités imprévisibles et, éventuellement, excessives- que pour les juges -dotés d'un instrument de contrôle inutilisable- et pour le corps social dans son ensemble -qui pourrait avoir à subir les conséquences de décisions d'un coût économique et social considérable inspirées par la seule crainte de condamnations judiciaires. **Le souci de sécurité juridique crée donc une véritable demande sociale en faveur d'une délimitation de la portée normative du principe de précaution.**

Ajoutons que, pour étayer la position de la France et de la Communauté Européenne en face des États-Unis et des autres pays hostiles, pour l'instant, au principe de précaution²¹⁹, il est indispensable de pouvoir proposer une conception de ce principe qui soit cohérente et acceptable par le plus grand nombre de pays possible.

Toutes ces raisons plaident donc en faveur d'un effort de délimitation du contenu normatif de la précaution. Comment alors procéder pour que cet effort puisse aboutir au meilleur résultat ?

2. La méthode à suivre afin de préciser le contenu normatif du principe de précaution

A priori, deux voies opposées sont ouvertes : soit on laisse les tribunaux délimiter au cas par cas le contenu de ce principe, soit on sollicite le législateur.

La première attitude présente l'avantage de la souplesse et respecte, mieux que la seconde, le caractère de « standard de jugement » que possède aujourd'hui le principe de précaution, mais elle risque de laisser subsister pendant longtemps beaucoup d'imprécisions sur des questions essentielles et, par conséquent, de prolonger un état de grande insécurité. En revanche, une intervention législative permet de satisfaire plus rapidement l'impératif de sécurité. Certes, on peut craindre qu'elle favorise une certaine rigidité, mais cet inconvénient peut lui-même être évité si l'on prévoit une révision périodique de la définition légale.

Cette méthode a d'ailleurs déjà fait ses preuves puisque la loi Barnier du 2 Février 1995 l'a utilisée et ce texte a été, dans l'ensemble, assez bien accueilli. On pourrait même penser que, de ce fait, la question est tranchée et qu'il suffit de s'en tenir à cette définition.

Pourtant, ce serait, à notre avis, excessif. En effet, la loi Barnier ne concerne que l'environnement. Or il n'est nullement évident que la définition retenue en cette matière puisse être transposée telle quelle aux autres applications du principe de précaution. En effet, certaines des restrictions qui sont apportées par ce texte à la garantie des victimes peuvent paraître inadaptées et excessives en ce qui concerne les risques qui menacent la santé ou la sécurité humaine²²⁰.

En outre, la définition de la loi Barnier, pour utile qu'elle soit, demeure assez sommaire. Elle gagnerait en précision si elle était révisée et complétée à la lumière des réflexions qui ont été menées depuis 1995, de divers côtés, en particulier sous l'égide de la Commission des Communautés Européennes dont la Direction XXIV a élaboré un document important intitulé « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution ».

Il est clair en effet que l'objectif à atteindre consiste à élaborer une définition acceptable par l'ensemble des pays de la Communauté Européenne et même, si possible, par d'autres, ce qui ne signifie d'ailleurs nullement que les législateurs nationaux doivent s'en désintéresser. Bien au contraire, c'est à partir des prises de position des États-Membres, dont les compétences sont d'ailleurs protégées par le « principe de subsidiarité », qu'une définition commune aura les meilleures chances de s'imposer en Europe.

3. Les éléments de la définition

Il nous paraît évident que, sur le fond, le législateur doit éviter à la fois les excès de la conception radicale et les faiblesses de la conception minimaliste. Il ne peut donc que faire prévaloir les solutions commandées par la conception intermédiaire, la seule qui soit réaliste et qui pourrait être acceptée par l'opinion publique.

Dans la forme, il doit se garder de deux écueils, l'excès de « flou » qui rendrait la définition inutile et l'excès de précision qui pourrait amener assez vite à constater un écart avec la demande sociale. Autrement dit, il ne s'agit pas de retirer au principe de précaution son caractère de « standard de jugement » mais seulement d'en

219. Notamment lors des discussions sur les principes généraux du *codex alimentarius* ou à propos des pourparlers qui devraient s'engager à la suite de l'échec de la Conférence de Carthagène sur la biodiversité, ou encore pour le règlement des nombreux litiges commerciaux qui s'annoncent entre la Communauté Européenne et ses partenaires, en particulier américains, à l'OMC.

220. Voir *infra*, 3) a, 3.

baliser les contours afin d'orienter l'appréciation du juge dans la direction souhaitée. Il convient donc d'inclure dans la définition les repères essentiels nécessaires à une interprétation raisonnable de la « précaution » et destinés à en préciser tant le domaine d'application (a), que la portée (b).

(a) Les repères destinés à préciser le domaine du principe de précaution

1) A qui doit-il s'appliquer ?

Pour assurer pleinement sa fonction de modérateur des intérêts purement économiques par des considérations tirées de la protection de la santé, de la sécurité humaine et de l'environnement, le principe de précaution doit s'imposer à tous les « décideurs », c'est-à-dire à toute personne qui a le pouvoir de déclencher ou d'arrêter une activité susceptible de présenter un risque pour autrui.

Les décideurs privés, à savoir les **entreprises**, doivent donc y être soumises, comme les décideurs publics, c'est-à-dire les **autorités politiques et administratives à tous les niveaux**. Cependant, il ne faut pas oublier que ces dernières assument un rôle spécifique puisqu'elles sont responsables, vis-à-vis de l'ensemble de la population, de la santé publique, de la sécurité des citoyens et du bien-être général. En outre, elles sont investies de pouvoirs dont les particuliers sont dépourvus et qui leur permettent de faire prévaloir, par des mesures autoritaires, l'intérêt général sur les intérêts particuliers. Il nous paraît donc normal et opportun de signaler, dans la définition même du principe de précaution, cette position particulière des décideurs publics et de préciser qu'ils peuvent, en vertu du principe de précaution, apporter des dérogations à d'autres règles de droit comme, par exemple, la liberté de commerce et de l'industrie, la liberté de la concurrence, la libre circulation des marchandises entre États...

Ajoutons que la notion de décision doit être conçue de façon compréhensive. En effet, elle doit englober aussi bien l'abstention que l'action, la poursuite d'une activité que son déclenchement. De même, l'exercice ou le non-exercice d'un contrôle, qu'il émane d'une autorité de police, d'un service de contrôle économique ou directement d'une autorité politique (l'organe de tutelle), doit être assimilé à une décision.

2) Quelles sont les activités concernées ?

Le principe de précaution est né en droit de **l'environnement** et il doit évidemment continuer à s'appliquer dans ce domaine, mais il est clair qu'aujourd'hui, dans la conscience collective, il a nettement débordé ce cadre initial et qu'il a notamment investi, non seulement le **droit de la santé**, mais aussi le domaine de la **sécurité alimentaire**. Il n'y a *a priori* aucune raison de ne pas y inclure également l'ensemble des problèmes de sécurité, notamment la protection contre les accidents collectifs, par exemple ceux qui sont provoqués par des ouvrages publics tels que barrages, tunnels, autoroutes, aéroports, stades... voire même les catastrophes naturelles comme les inondations, les séismes... dont les conséquences pour les populations peuvent être réduites par des dispositifs de précaution appropriés²²¹.

3) Le risque supposant des mesures de précaution

Le rejet de la conception la plus radicale du principe de précaution commande de ne pas se contenter d'un risque purement imaginaire ne reposant sur aucune base scientifique et d'exiger par conséquent de la personne qui dénonce le risque un début de preuve permettant de fonder ce risque sur une hypothèse scientifiquement crédible, susceptible de rallier l'opinion d'une partie non négligeable, même si elle est minoritaire, de la communauté scientifique²²² pour autant que l'hypothèse soit formulée avec une rigueur méthodologique capable de rallier une majorité²²³. Autrement dit, cette hypothèse doit être de nature à susciter un « doute légitime » quant à l'innocuité de l'activité visée²²⁴.

Ajoutons qu'un risque potentiel « plausible » suffit à imposer des recherches, mais que ce risque doit être « étayé » pour dépasser le stade de la recherche²²⁵.

Une question particulièrement délicate concerne la nature et l'ampleur des dommages que ce risque est susceptible de provoquer. La loi Barnier du 2 Février 1995 dispose que ces dommages doivent être « graves et

221 Voir, en ce sens, C. Lienhard et M.F. Steinle-Feuerbach, « Eléments de prévention du risque de catastrophes et d'accidents collectifs », Dalloz-Affaires, 1er Octobre 1998, n° 132.

222. Voir en ce sens, « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution », II et III-1, précité.

223. Cf. ch. III, A.1

224. D'après G. Martin, « le principe de précaution est un principe d'action méthodologique dont le déclenchement est soumis au constat de l'existence d'un doute légitime sur l'existence des risques ».

225. Voir, sur ces notions de « risque plausible » et de « risque étayé », *supra* II-B, a.

irréversibles », condition qui paraît acceptable dans le domaine de l'environnement, bien qu'elle ait été critiquée, mais qui semble nettement excessive dans les domaines de la santé publique et de la sécurité collective. Dans une définition générale de la précaution, il serait donc suffisant d'exiger la perspective de dommages graves.

Toutefois, les dommages à prendre en compte ne sont pas seulement ceux qui menacent de se produire dans l'immédiat. Comme l'indique la Commission de Bruxelles dans le document déjà cité, « *une approche de précaution doit prendre en compte... non seulement les risques actuels mais également les risques pour les générations futures, tels que des mutations génétiques ou des perturbations endocriniennes liées aux bio-accumulations de substances toxiques ou radioactives...* »²²⁶. Cette dimension temporelle du risque doit donc figurer dans la définition du principe de précaution.

(b) Les repères destinés à préciser la portée du principe de précaution

1) Indications sur la nature des mesures imposées par la précaution

Il est évidemment hors de question d'énumérer ces mesures dans la définition légale. Elles sont en effet commandées par les circonstances et le rôle du juge lorsqu'il aura à vérifier leur légalité (à l'occasion d'un recours en annulation) et éventuellement leur opportunité (à l'occasion d'une action en responsabilité) consistera toujours à apprécier si elles répondent ou non à l'attente légitime du public. On constate, par conséquent, que la définition légale ne modifie pas la nature du principe de précaution qui restera, même ainsi circonscrit, un « standard de jugement ».

En revanche, il peut être utile de suggérer, dans la définition légale, qu'il s'agit d'un principe d'action et non d'abstention. On a déjà signalé à plusieurs reprises combien il serait dangereux de concevoir la précaution comme une incitation systématique à l'inaction. C'est pourtant là une représentation assez largement répandue dans l'opinion, de telle sorte qu'**il paraît souhaitable d'indiquer que la suspension et le moratoire ne sont que des solutions subsidiaires** qui doivent, en principe, être évités lorsque le risque peut être ramené à un niveau acceptable.

Il est surtout essentiel **d'énumérer les objectifs auxquels doivent tendre les mesures de précaution.**

Le premier de ces objectifs consiste à **assurer une évaluation permanente et de plus en plus précise du risque**, par la recherche et la production systématique de toutes les preuves scientifiques disponibles.

Tout aussi importante est évidemment **la recherche d'une réduction du risque au niveau minimal** qui doit être, en toute hypothèse, **acceptable**. Certes, on l'a vu, le « risque zéro » est inaccessible²²⁷, mais la précaution n'en impose pas moins une gestion orientée vers la sécurité la plus complète possible. Elle n'est donc pas compatible avec la prise d'un risque inacceptable. La notion d'« acceptabilité » des risques est, à vrai dire, très difficile à cerner²²⁸ et, sur ce point encore, le juge conservera nécessairement, en cas de procès, un très large pouvoir d'appréciation. Il n'en est pas moins utile de la signaler dans la définition du principe de précaution car elle répond à la fonction essentielle de celui-ci, à savoir éviter tous les dangers qui peuvent l'être sans compromettre trop gravement les initiatives dont le corps social ressent la nécessité.

Le troisième objectif qui doit inspirer le dispositif de précaution est **l'information du public et la transparence**²²⁹. Il est d'ailleurs étroitement lié à la notion d'acceptabilité du risque, car, ainsi que l'a souligné à juste titre Olivier Godard, le risque n'est vraiment « acceptable » que si, d'une certaine manière, il a été « accepté ». Or l'acceptation suppose l'information. Le législateur ne peut donc éviter de le signaler dans la

226. *Ibidem*.

227. « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution », précité, II, 5ème principe, p. 10.

228. Voir « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution », op. cité, II-4. Voir également F. Ewald, « L'acceptabilité du risque au seuil du XXIème siècle : de nouveaux modes de régulation s'imposent », Passages, Hiver 1998, pp. 22-23 ; P. Lascoumes, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », Année Sociologique, 1996, p. 471 et suivantes ; C. Noiville, « Evolution comparée des grands modèles de réglementation des disséminations d'OGM, Nature, Sciences, Sociétés (1995) vol. 3-2, p. 122 ; « OGM : prudence », Les dossiers de l'environnement de l'INRA, 12, pp. 11, 14-15 ; O. Godard « Réflexions sur la nature du principe de précaution, INRA, 24 Avril 1999 pp. 7, 8, 11 à 15 ; « Le principe de précaution, une règle d'abstention ? », Rapport au Colloque « Risque et Société » de l'Académie des Sciences, 18-20, Novembre 1998, n° 3, p. 5 ; Rapport Mattei sur l'ESB, p. 126 ; G. Paillotin, postface à l'ouvrage d'A. Kahn « Société et révolution biologique », pp. 82 et suivantes ; J.P. Moatti, « Prescriptions et comportements individuels et collectifs face aux risques de la santé », Colloque du 30 Novembre et 1er Décembre 1998, p. 21

229. Voir *supra* II-D et III-D.

définition du principe de précaution en précisant que **l'information doit porter non seulement sur le risque lui-même mais aussi sur les mesures qui sont prises ou envisagées pour le traiter.**

En outre, on le sait, l'information n'est plus conçue aujourd'hui seulement comme un processus de transmission unilatérale des connaissances. Elle doit inclure le questionnement du public, le dialogue et même une véritable participation des intéressés à la gestion du risque²³⁰. Cette évolution doit également trouver un écho dans la définition légale de la précaution.

2) *Indications sur le coût des mesures à envisager*

En dépit des réticences que suscitent, notamment dans les milieux associatifs, la prise en considération des coûts économiques, on a vu qu'elle ne peut être évitée, même dans le domaine de la santé et de la sécurité²³¹ car elle s'impose pour des raisons de réalisme et de cohérence des politiques d'ensemble. Il est donc souhaitable que le législateur n'élude pas ce problème délicat et fixe certaines limites.

Tout d'abord, il doit préciser **que le coût des mesures de précaution doit être « acceptable » ou « supportable »** par la collectivité qui aura à l'assumer, que ce soit une collectivité publique ou une entreprise privée. C'est là, en effet, une limite nécessaire à la responsabilité des décideurs. Toutefois, cette notion sera entendue de manière différente pour le décideur public -qui devra tenir compte de ce qui est acceptable ou supportable pour l'intérêt général- et pour le décideur privé.

La formule « acceptable » suggère de mettre l'accent sur la sensibilité du public, tandis que le terme « supportable » est plus objectif et paraît, pour cette raison, préférable.

La notion de coût doit être entendue dans un sens large. C'est évidemment d'abord le coût purement financier -mis en évidence par l'analyse économique- mais c'est également le coût social entendu largement, c'est-à-dire en tenant compte non seulement des pertes d'emplois mais aussi des atteintes à d'autres valeurs, notamment éthiques, et plus généralement au bien-être général.

Cependant, ce qui est le plus important, c'est de préciser que **le coût doit être proportionné au bénéfice attendu de la mesure de précaution. Le principe de proportionnalité**²³² est en effet essentiel pour éviter les excès de la précaution. Il doit donc figurer dans la définition. Ici encore, il s'agit d'ailleurs d'une simple directive qui ne fait que baliser la liberté d'appréciation du décideur, sans la supprimer et qui ne fournit au juge, s'il est un jour saisi d'un litige portant sur le bien fondé de cette décision, qu'un repère.

Pour vérifier la proportionnalité, il faut établir un « bilan coût/avantage »²³³. C'est une méthode que le juge administratif²³⁴ et le juge communautaire pratiquent volontiers. Cependant, son application est rendue particulièrement difficile en l'occurrence du fait du caractère incertain du risque supposé²³⁵ - et, par conséquent, de l'avantage attendu de la mesure de précaution- ainsi que de la nécessité de tenir compte de l'avenir et même du très long terme puisque le principe de précaution est orienté vers la protection des générations futures²³⁶.

Il va de soi que la prévention du risque avéré a priorité sur la précaution contre le risque supposé, lorsque, du moins, ces deux risques sont de nature et d'ampleur comparables, ce qui peut être le cas, par exemple, des effets pervers seulement soupçonnés d'une vaccination qui pourraient être comparés aux effets avérés de la non-vaccination.

230. Voir *supra* II-1 et III-D.7.

231. Voir *supra* II-F.

232. Voir « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution », précité, III, 3. Voir également P. Lascoumes, article précité, *Esprit* (1997) p. 137. A. Laudon et C. Noiville, rapport précité, p. 33. L. Boy, article précité, « Les petites affiches », 8 Janvier 1997, p. 6 ; H. Belvèze, « Les réflexions sur le principe de précaution au niveau de l'Union Européenne », rapport au colloque de l'INRA sur le principe de précaution, Avril 1999, p. 4 ; O. Godard, « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », dans « Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines », sous la direction d'O. Godard, p. 87.

233. Voir « Les lignes directrices de l'application du principe de précaution », op. cité, III, 4 (4ème principe).

234. Voir G. Vedel et P. Delvolvé, « Droit administratif » 1, Themis, pp. 515 et 529. A. de Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet « Traité de droit administratif », LGDJ Tome I, n° 741. Ch. Guettier « Droit administratif, Montchrestien, coll. Focus-droit, pp. 35-38.

235 Voir sur ce point les conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire de l'ESB, CJCE, 5 Mai 1998, C 180/96 et C 158/96.

236 Voir « Les lignes directrices de l'application du principe de précaution », op. cité, III, 4 (4ème principe).

3) Indication du caractère modulable et réversible des mesures de précaution

Le principe de révisabilité et de réversibilité des mesures de précaution doit également être affirmé par la loi car il est consubstantiel à la précaution²³⁷. Celle-ci est en effet, par définition, provisoire, à la différence de la prévention qui conduit normalement à des mesures définitives.

La mention de la **réversibilité** dans la définition légale de la précaution présente une double utilité : elle rappelle au décideur **la nécessité d'un suivi perpétuel de la précaution**, jusqu'au moment où le doute sera levé ou une technique alternative plus sûre, trouvée. Elle **indique également au juge** -éventuellement saisi d'un litige portant sur le bien-fondé de la décision ou sur le comportement du décideur- **qu'il doit tenir compte du moment auquel cette décision a été prise ou ce comportement adopté**.

En tenant compte de toutes ces observations, nous proposons la formulation suivante :

« Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement. Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre États. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé.

Cette définition pourrait être précédée d'une disposition situant la précaution par rapport à la prévention au sein du concept général de prudence.

II.- Les conséquences judiciaires du principe de précaution

La précaution est une règle de comportement qui doit être observée au moment de la décision, et c'est sous cet aspect opérationnel qu'elle a été examinée dans les développements précédents. Cependant, le parti qui a été pris par le décideur sera parfois critiqué par la suite et il pourra même donner lieu à un procès qui sera alors dirigé soit contre la décision dont la validité sera contestée, soit contre le décideur dont la responsabilité sera mise en jeu. Le principe de précaution peut donc être à l'origine d'un double contentieux.

Or, paradoxalement, alors que les décideurs redoutent principalement la mise en jeu de leurs responsabilités, les litiges à l'occasion desquels le principe de précaution a été évoqué devant la justice portent pour ainsi dire tous jusqu'à présent sur la validité des actes administratifs (A). Quant aux responsabilités, elles semblent n'avoir encore été que très rarement recherchées sur le fondement explicite d'une méconnaissance du principe de précaution, ce qui n'empêche d'ailleurs pas de s'interroger sur les raisons de cet état de fait et sur l'influence que ce principe, encore récent, pourrait, dans l'avenir, exercer sur la responsabilité (B).

A.- Le principe de précaution et le contentieux de la légalité

Le rôle du principe de précaution dans le contentieux de la légalité reste aujourd'hui très différent aux plans national et européen, d'une part, où il tend à acquérir une valeur normative directe, et au plan mondial d'autre part, notamment à l'OMC, où il n'est pas reconnu comme une règle de droit autonome et d'application directe.

237 Voir « Les lignes directrices pour l'application du principe de précaution », op. cité, III, 6 (6ème principe). O. Godard, « Repères », Esprit, Juin 1996, P. 193. « Réflexions sur la nature du principe de précaution », rapport au colloque INRA du 27 Avril 1999, p. 10 ; G. Paillotin, postface à l'ouvrage d'A. Kahn « Santé et révolution biologique. Une évolution de la responsabilité », p. 86.

1. Le rôle joué par le principe de précaution dans le contentieux de la légalité devant les juridictions françaises et communautaires

a) L'état actuel de la jurisprudence

Bien que les litiges portant sur le principe de précaution restent encore peu nombreux, on relève cependant quelques décisions rendues tant par les juridictions administratives françaises que par la Cour de justice des communautés européennes à propos de recours dirigés contre des actes administratifs. Or ces deux contentieux présentent des ressemblances frappantes aussi bien quant à leur objet que quant à l'intensité du contrôle exercé par le juge.

1) L'objet du contrôle judiciaire.

La plupart des recours portés devant les juridictions administratives françaises et à propos desquels a été évoqué le principe de précaution tendaient à l'annulation d'une décision administrative²³⁸. C'était le cas dans les affaires qui ont donné lieu aux arrêts déjà cités du Conseil d'État du 4 janvier 1995 (Rossi), du 21 avril 1997 (Barbier), du 24 février 1999 (Pro-Nat), du 30 Juin 1999 (Germain) et du 29 Juillet 1999 (association intercommunale « Morbihan sous très haute tension »), ainsi qu'à la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 5 novembre 1998 (COGEMA).

C'est également la question de la validité des décisions prises par les autorités communautaires qui a été soumise à la Cour de justice des communautés européennes aussi bien le 24 novembre 1993²³⁹ que le 5 mai 1998²⁴⁰.

Pourtant il est intéressant de noter qu'à côté de ce contentieux principal, portant sur le fond du droit, un contentieux de l'urgence et du provisoire s'est également développé. Devant le Conseil d'État, par exemple, dans l'affaire relative à l'inscription au catalogue officiel des plantes cultivées en France de plusieurs variétés de maïs transgéniques produites par la société Novartis, l'association Greenpeace France a présenté, en même temps que son recours principal en annulation de l'arrêté du 5 février 1998²⁴¹, une requête tendant au sursis à l'exécution de ce même arrêté et c'est à propos de cette demande de sursis qu'a été rendu l'arrêt du 25 Septembre 1998²⁴².

De même, devant la Cour de justice des communautés européennes, le Royaume-Uni a présenté, en même temps que sa demande d'annulation de la décision communautaire d'embargo sur la viande bovine d'origine britannique, une requête en référé tendant au sursis à l'exécution de cette décision, et cette requête a donné lieu à une ordonnance du 12 Juillet 1996.

2) L'intensité du contrôle

On relève, à cet égard, une différence entre le contrôle du bien-fondé de la décision²⁴³, qui est allégé, et le contrôle formel portant sur la procédure²⁴⁴ qui est, au contraire, strict.

2.1) Le contrôle du bien-fondé de la décision (ou contrôle de la légalité interne).

À trois reprises, le Conseil d'État a affirmé, lorsqu'il avait à apprécier le bien-fondé d'un dispositif de précaution, que seule une « erreur manifeste » d'appréciation commise par l'Administration aurait pu justifier l'annulation de la décision. C'est ce qui ressort des arrêts Barbier du 21 Avril 1997, Pro-Nat du 24 Février 1999 et Germain du 30 Juin 1999.

238. Voir C. Cans, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », Revue française de droit administrative (1999) p. 750 et suivantes.

239. Dans l'affaire des grands filets maillants dérivants.

240. Dans l'affaire de l'ESB.

241. Recours qui n'a pas encore abouti, le Conseil d'État ayant, par son arrêt du 11 Décembre 1998 posé à la Cour de justice des communautés européennes une question préjudicielle sur l'interprétation de certaines dispositions de la directive 90/220.

242. JCP 1998, II, 10216, note J. de Malafosse.

243. Que les spécialistes de droit administratif désignent par l'expression « contrôle de la légalité interne ».

244. Désigné en termes techniques par l'expression « contrôle de la légalité externe ».

Cependant, dans ces trois affaires c'est l'excès de précaution qui était critiqué, et cette référence à l'« erreur manifeste » ne se retrouve pas, en revanche, dans les arrêts qui ont statué sur des recours fondés sur l'insuffisance des précautions prises²⁴⁵.

Quant à la Cour de justice des communautés européennes, elle a, aussi bien dans son arrêt du 24 novembre 1993²⁴⁶ que dans ses deux arrêts du 5 mai 1998²⁴⁷, qui ont été rendus à propos de recours fondés sur un prétendu excès de précaution, précisé que l'annulation n'aurait pu intervenir que si le demandeur avait prouvé « **une erreur manifeste, un détournement de pouvoir ou un dépassement manifeste des limites du pouvoir d'appréciation** » de l'autorité qui avait pris la décision²⁴⁸.

Cette motivation caractérise donc un **contrôle léger** laissant à l'Administration une marge d'appréciation importante.

2.2) Le contrôle formel portant sur le respect de la procédure (ou contrôle de la légalité externe).

L'arrêt rendu par le Conseil d'État dans l'affaire Greenpeace France²⁴⁹ révèle, en revanche, de la part de la haute juridiction administrative, **la volonté de contrôler très strictement le respect des procédures imposées dans un souci de « précaution »**. En effet, le vice de forme constaté en l'espèce était apparemment presque insignifiant puisque l'avis exigé avait été pris effectivement par la commission compétente. La seule irrégularité relevée résidait donc dans le caractère incomplet du dossier au vu duquel cet avis avait été rendu. Or, cette irrégularité a été jugée suffisante pour constituer un motif sérieux d'annulation, susceptible de justifier à ce titre le sursis à l'exécution de l'arrêté du 5 février 1998.

Le contraste est donc frappant entre l'indulgence du contrôle portant sur le bien-fondé du dispositif de précaution -au moins lorsque celui-ci est critiqué comme excessif- et la rigueur de celui qui s'exerce sur le respect des procédures que la loi a prévues -également dans un but de « précaution »- préalablement aux décisions dont l'exécution est susceptible de créer certains risques pour l'environnement ou la santé.

b) Le sens et l'avenir des tendances jurisprudentielles

1) Les recours actuellement pratiqués sont-ils appelés à se développer ?

Si le principe de précaution continue à s'affirmer comme une règle d'application directe et autonome, il est très probable que les recours en annulation fondés sur sa méconnaissance seront de plus en plus nombreux, en particulier les recours pour excès de pouvoir portés devant le juge administratif.

En revanche, il y a lieu de s'interroger sur l'avenir des demandes de suspension et surtout sur l'opportunité des décisions de sursis à exécution²⁵⁰. *A priori*, on peut craindre en effet que leur multiplication ne tende à normaliser la politique du moratoire, ce qui conduirait à instaurer dans les faits la conception la plus radicale du principe de précaution²⁵¹. Cependant, à l'inverse, si ce principe est admis seulement dans des hypothèses où le risque supposé est susceptible d'engendrer des dommages graves ou irréversibles, il paraît naturel et logique de suspendre l'exécution des actes qui sont attaqués sur ce fondement. « *C'est une sorte de sagesse de prononcer le sursis à l'exécution pendant l'examen du respect ou non par l'autorité administrative des dispositions légales ou réglementaires relatives aux précautions que l'Administration doit prendre* »²⁵².

245 Notamment dans l'arrêt Rossi du Conseil d'État du 4 Février 1995 et dans l'arrêt COGEMA de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 5 Novembre 1998, ainsi que dans l'arrêt du Conseil d'État du 28 Juillet 1999, association intercommunale « Morbihan sous très haute tension ».

246 Affaire des filets maillants dérivants.

247. Affaire de l'ESB.

248. Cette position avait déjà été affirmée par un arrêt FIDESA du 13 Novembre 1990 qui rappelle dans l'arrêt du 24 Novembre 1993, JOCE 1993 p.6177, 1^{er} *alinea* et p.6180 2^{ème} *alinea*.

249 JCP 1998, II, 10216, note J. de Malafosse.

250 Voir J. Andriantsimbazovina, Le Conseil d'État et le principe de précaution, Revue Droit administratif Juin 1999, p. 4 et suivantes, spécialement I, B. D'ailleurs, le Conseil d'État tend aujourd'hui à admettre que le sursis n'est pas forcément un préalable à l'annulation (C.E. Ass. 28 Juin 1998, Société Axa Telecom et Société Esprit Telecom). On peut donc concevoir qu'après le prononcé du sursis, le recours en annulation soit rejeté, auquel cas le sursis tombera de lui-même.

251. Voir *supra* V-B.1.

252. Voir J. Andriantsimbazovina, article précité p. 6.

2) Les tendances constatées quant à l'intensité du contrôle judiciaire de la légalité sont-elles appelées à se confirmer ?

2.1) À propos du **contrôle du bien-fondé des mesures de précaution réduit** à « l'erreur manifeste », des considérations opposées s'affrontent.

En faveur de ce type de contrôle, on invoque généralement la nécessité de laisser à l'Administration une marge de manœuvre par rapport au juge qui ne doit pas se substituer à elle. Or, cet espace de liberté dans l'appréciation apparaît d'autant plus utile que les preuves scientifiques sont insuffisantes et ne dictent donc pas une solution toute faite. En outre, étant donné que bien souvent la décision doit être prise dans l'urgence, on comprend que le juge hésite à se montrer sévère à l'égard d'éventuelles erreurs, surtout lorsqu'il s'agit de porter une appréciation de nature technique.

Mais, à l'inverse, ce contrôle réduit présente des inconvénients incontestables. En cas de recours fondé sur un excès de précaution, il risque en effet de laisser subsister des décisions prévoyant des mesures surdimensionnées par rapport au risque, ce qui apparaît comme un gaspillage. À l'inverse, si le recours est fondé sur une insuffisance de précaution, il ne garantit pas une protection efficace de la sécurité, de la santé publique ou de l'environnement. Autrement dit, il n'assure pas réellement le respect du « principe de proportionnalité », pourtant essentiel dans la mise en œuvre du principe de précaution.

Il n'est donc pas certain que le contrôle du bien-fondé de la décision relative à la précaution doive rester limité au cas de « l'erreur manifeste ». D'ailleurs, nous avons déjà constaté que les arrêts qui ont imposé cette condition sont ceux qui ont été rendus sur des recours fondés sur l'excès de précaution. Ceux qui ont statué à propos d'une prétendue insuffisance de la précaution ne la signalent pas explicitement et on peut penser qu'effectivement, dans ce cas, un contrôle plus sévère est souhaitable.

2.2) Quant au **contrôle strict des procédures destinées à garantir la précaution** (contrôle de la légalité externe), il semble *a priori* aller à contre-courant de l'évolution générale du droit administratif²⁵³. Pourtant, il répond parfaitement à l'idée essentielle qui inspire « la précaution », à savoir qu'en situation d'incertitude sur l'existence ou la portée d'un risque, il importe avant tout d'aménager des procédures permettant un examen aussi minutieux que possible du risque afin d'amener cette incertitude au niveau minimal. Il nous paraît donc tout à fait normal que les juges se montrent extrêmement rigoureux et même pointilleux dans la vérification du respect de ces procédures et qu'ils n'hésitent pas à prononcer la nullité des décisions prises au mépris de l'une d'elles.

On peut donc penser que, dans l'ensemble, les contrôles pratiqués actuellement, tant par le juge administratif que par la Cour de justice des communautés européennes devraient se développer et que le contrôle de « l'erreur manifeste » pourrait être étendu à l'erreur simple, au moins lorsque le recours est fondé sur une insuffisance de précaution.

2. Le rôle joué par le principe de précaution devant l'organe d'appel permanent de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)

La position mitigée adoptée jusqu'à présent par l'Organe d'appel à l'égard du principe de précaution (a) amène à s'interroger sur les moyens de donner à ce principe sa juste place dans les échanges internationaux (b).

a) La position actuelle de l'Organe d'appel

Le principe de précaution a été évoqué devant les organes de règlement des différends de l'OMC dans trois litiges importants.

Le premier, auquel il a déjà été fait allusion, a été provoqué par le refus des Communautés européennes d'accepter l'importation sur leur territoire de la viande provenant d'animaux nourris aux hormones élevés aux États-Unis et au Canada. On a vu que, dans son rapport, remis le 16 Janvier 1998, l'Organe d'appel a écarté l'application directe du principe de précaution au litige. Il a donc admis que celui-ci devait être traité par application des seules dispositions écrites de l'accord SPS. En conséquence, après avoir reconnu que, selon cet accord, chaque Membre est autorisé à fixer un niveau de protection plus élevé que celui qui résulte des standards internationaux, il a ajouté que, pour pouvoir opposer cette faculté à un autre Membre, notamment pour lui interdire l'accès de certaines marchandises sur son territoire, il doit, en vertu de l'article 5-1, produire une preuve scientifique des risques susceptible de justifier la mesure prise. Enfin, il a estimé qu'en l'occurrence les

253. Voir J. Andriantsimbazovina, article précité p. 7.

Communautés européennes n'avaient pas satisfait à cette condition, ce qui a permis aux États-Unis, après un arbitrage portant sur le délai de mise en conformité, de prendre des sanctions commerciales.

Le second litige au cours duquel le principe de précaution a été évoqué à l'OMC est né d'une décision d'embargo prononcée par l'Australie sur des saumons en provenance du Canada²⁵⁴. Dans son rapport, remis le 30 Octobre 1998, l'Organe d'appel s'est fondé, comme dans l'affaire de la viande aux hormones, sur l'article 5-1 de l'accord SPS pour condamner la décision australienne. Il a constaté que « *l'Australie, en prohibant les importations de saumon du Pacifique, sans avoir procédé à une véritable évaluation des risques, avait agi de façon incompatible avec l'article 5-1 de l'accord SPS* ».

Une troisième affaire a donné lieu à une décision similaire. C'était, cette fois, le Japon qui, en application d'une loi de 1950 sur la protection des végétaux, avait subordonné l'importation de certains produits agricoles en provenance des États-Unis à l'application préalable par le pays exportateur d'un traitement phytosanitaire assez strict.

Ici encore, l'Organe d'appel, qui a remis son rapport le 22 Février 1999, s'est fondé sur la jurisprudence « Hormones » pour rejeter l'application directe du principe de précaution et pour juger que le Japon n'avait pas produit une évaluation scientifique des risques susceptible de justifier les restrictions imposées à l'importation des produits concernés.

Ces trois décisions se caractérisent donc par une motivation assez nuancée, mais elles n'en ont pas moins, toutes les trois, fait prévaloir le principe de la libre circulation des marchandises, défendu âprement par les États-Unis et, plus modérément, par le Canada, sur les dispositifs de protection revendiqués par les autres Membres de l'OMC, plus attachés au principe de précaution²⁵⁵.

Dans ces conditions, on peut s'interroger sur la place faite actuellement, dans les litiges internationaux, aux préoccupations de santé, de sécurité et de défense de l'environnement, lorsqu'elles contrarient directement les intérêts économiques et commerciaux des grandes puissances ainsi que sur les moyens d'améliorer cette situation.

b) Quelles propositions faire pour donner sa juste place au principe de précaution dans les rapports internationaux ?

Les objectifs à concilier sont clairs. Il faut, d'une part, permettre aux États Membres de mettre en œuvre sur leur territoire une conception de la « précaution » qui soit à la fois raisonnable et acceptable par leur opinion publique, et, d'autre part, éviter que le principe de précaution ne soit utilisé systématiquement à d'autres fins que la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement.

1) La première proposition à laquelle on peut songer consiste à **introduire dans les textes qui régissent le fonctionnement de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) un dispositif de portée générale définissant la place que les Membres reconnaissent à la protection de la santé, de la sécurité humaine et de l'environnement dans les échanges commerciaux entre les États**. Il s'agirait, plutôt que d'une affirmation théorique du principe de précaution, qui risque de se heurter à l'hostilité de certains Membres, d'une description, aussi précise que possible, de l'attitude à adopter en face d'une préoccupation, exprimée par un Membre, au sujet de la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement des populations dont il a la charge.

Toutefois, cette démarche soulèvera inévitablement un certain nombre de difficultés.

1.1) La première concerne la **méthode à suivre**. Où introduire cette référence à l'impératif de sécurité ?

A priori, on pourrait penser à un texte général chapeautant l'ensemble des dispositions qui régissent les accords du GATT et l'OMC. Il s'agirait alors d'une sorte de « **charte du commerce international** » qui, après l'énoncé du principe de la liberté des échanges, énumérerait « les facteurs légitimes » de dérogation à ce principe et, parmi eux, le souci de protéger la santé, la sécurité humaine et l'environnement. Ce texte général serait repris et précisé dans les différents accords (SPS, OTC, accord général du GATT, accords multilatéraux, etc...).

Cette présentation serait logique, mais elle se heurtera presque certainement à des objections, notamment de la part des Membres réticents à l'égard du principe de précaution, qui n'accepteront sans doute pas de lui donner, au moins dans l'immédiat, un tel relief.

254. Cette mesure avait été prise au titre de la proclamation 86A relative à la quarantaine imposant certains traitements susceptibles d'éviter l'introduction de maladies infectieuses.

255. Ou à d'autres « *facteurs légitimes* », tels que les facteurs culturels, éthiques ou autres.

C'est pourquoi, par souci de réalisme, on pourrait proposer d'introduire cette référence à l'impératif de sécurité dans certains textes particuliers, notamment ceux qui font déjà allusion aux « facteurs légitimes » de dérogation à la liberté des échanges, comme l'accord OTC, et dans certaines dispositions clés, comme l'article 20 de l'article général du GATT de 1994, et le mémorandum de règlement des différends²⁵⁶.

1.2) Quant au contenu des tempéraments à apporter, au nom de la sécurité, à la liberté des échanges internationaux, il devrait être décrit de manière précise.

Il semble que l'on pourrait d'abord s'accorder facilement sur **l'affirmation de la possibilité, pour chaque Membre, de définir le niveau de sécurité qui lui convient, même si ce niveau dépasse celui qui résulte de l'application des standards internationaux**. Cette faculté est en effet déjà reconnue par l'accord SPS. Il conviendrait d'en généraliser l'application.

Toutefois, pour pouvoir s'opposer, au nom de la sécurité, à l'importation d'un produit qui est conforme aux standards internationaux, il faut évidemment apporter un commencement de preuve du risque invoqué. Or, c'est généralement à cette occasion que les difficultés apparaissent, l'État exportateur jugeant la preuve insuffisante, tandis que l'État importateur soutient le point de vue inverse. Il faudrait donc **préciser les étapes à suivre et les modalités de l'expertise à produire pour étayer cette prétention**.

Il serait également souhaitable que l'organe de règlement qui sera appelé à se prononcer sur le résultats de ces expertises, si le différend ne peut se régler à l'amiable, présente les meilleures garanties d'impartialité. Dans ce but, on pourrait proposer que cet organe soit composé exclusivement de ressortissants d'États qui ne sont pas parties au litige et qui n'ont pas les mêmes intérêts commerciaux que l'une ou l'autre des parties. Une procédure de récusation devrait être aménagée afin de donner sur ce point des garanties suffisantes aux plaideurs.

Une autre règle, utile pour protéger la sécurité, consisterait à **reconnaître à chaque Membre, la faculté de refuser l'entrée sur son territoire de produits ne respectant pas les normes de l'État exportateur, a fortiori de ceux dont la commercialisation est explicitement interdite sur le territoire de cet État**.

Cette faculté paraît aller de soi et pourtant elle est moins facile à mettre en œuvre qu'il ne paraît au premier abord. En effet, elle implique, pour l'État exportateur, l'obligation de fournir la justification de l'autorisation, ou plus largement de la régularité de la commercialisation du produit sur son territoire et, pour l'État importateur, la faculté d'aller sur place enquêter pour vérifier la conformité du produit aux normes de l'État producteur.

De la même façon, il pourrait être opportun de **reconnaître explicitement à chaque Membre la faculté de refuser l'entrée sur son territoire de produits qui ne respectent pas les règles d'étiquetage et de traçabilité qu'il impose lui-même à ses propres producteurs**.

La mise en œuvre de cette mesure impliquerait, comme pour la précédente, une possibilité de vérification par l'État importateur, des procédures suivies sur le territoire de l'État exportateur.

Il faudrait également prévoir qu'en **cas d'apparition d'un risque nouveau ou d'une hypothèse sérieuse de danger, chaque Membre peut suspendre l'exécution de la décision d'importation**, à charge d'apporter, dans un certain délai, un commencement de preuve, en respectant la procédure qu'il aurait dû utiliser afin de s'opposer à l'entrée sur son territoire d'un produit respectant les standards internationaux.

Enfin, il conviendrait de réviser le système des sanctions. Les mesures de rétorsion infligées à des entreprises privées non parties au litige sont en effet particulièrement injustes. Elles devraient être remplacées par des amendes prononcées contre la partie perdante.

2) Une autre orientation, qui ne serait d'ailleurs nullement incompatible avec la première, consisterait à **réviser les procédures de normalisation au niveau international**, de façon à permettre une prise en compte suffisante, lors de l'élaboration des normes, de l'impératif de sécurité. On pourrait songer, en particulier, à introduire dans le manuel de procédure du « *Codex Alimentarius* » une version raisonnable du principe de précaution parmi les principes de rédaction des standards.

Il conviendrait également de renforcer les majorités requises pour l'adoption des normes concernant la sécurité des produits²⁵⁷.

Enfin, il serait souhaitable de revoir le « *système d'expertise du Codex qui continue à fonctionner dans une relative opacité, loin des principes d'indépendance, d'objectivité et de contradictoire* »²⁵⁸.

256. Ou en annexe de celui-ci.

257. Voir A. Laudon et C. Noiville, Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, rapport remis au Ministère de l'Environnement le 16 Novembre 1998, p. 55 à 57 et p. 76.

3) On peut, par ailleurs, songer à la création **d'un organisme d'expertise indépendant des États et reconnu par la communauté internationale**. Un tel organisme, qui pourrait fédérer l'activité de ceux qui existent déjà actuellement, présenterait une réelle utilité à deux points de vue. D'abord, il pourrait servir de cadre à l'organisation d'une procédure d'expertise présentant des garanties d'indépendance et d'impartialité plus grandes, vis-à-vis des autorités étatiques, que celles dont les conclusions sont produites aujourd'hui devant les organes de règlement des différends de l'OMC. Il serait donc envisageable de lui demander systématiquement, lors de ces différends, une expertise qui permettrait de compléter l'information résultant de celles qui sont produites par les États eux-mêmes. En outre, dans la perspective de la mise en place d'un système de collaboration internationale en cas de crise, cet organisme pourrait, semble-t-il, jouer un rôle important, à condition qu'il acquière une véritable autorité vis-à-vis des États souverains.

4) En effet, l'un des enseignements les plus importants que l'on peut tirer des crises qui se sont produites récemment, comme celle de la vache folle²⁵⁹, ou même celle du sang contaminé, de la dioxine... a consisté à montrer l'urgence de la **mise en place d'un système efficace de coopération internationale pour lutter contre les crises qui menacent de se propager au-delà des frontières**²⁶⁰.

La **première étape** à organiser dans ce cas est évidemment celle de « **l'alerte internationale** »²⁶¹. Dès qu'un risque grave est constaté, ou qu'un produit est interdit sur le territoire d'un État pour des raisons de sécurité, les autorités de cet État devraient être tenues de le signaler immédiatement au plan international.

À qui cet avertissement devrait-il être adressé ? Lorsque l'interdiction est prononcée ou le risque détecté sur le territoire d'un État qui fait partie de la Communauté Européenne, il est bien évident que l'information doit être notifiée d'abord à la Commission²⁶², mais cela n'est pas suffisant pour les risques qui menacent de se réaliser au-delà des frontières de la Communauté. L'alerte devrait alors, en principe, être adressée à tous les États qui fabriquent ou commercialisent le produit interdit. Toutefois, cette obligation peut être très lourde pour le pays d'où provient l'interdiction. Il serait plus simple qu'il puisse avertir une autorité internationale qui elle-même répercuterait l'alerte. C'est d'ailleurs ce qui se passe en ce qui concerne les informations sanitaires, grâce à l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qui est naturellement désignée pour jouer ce rôle d'intermédiaire. En revanche, pour d'autres types de risques, la solution est moins évidente. On pourrait alors songer à confier cette tâche à l'organisme mondial d'expertise dont il a été question plus haut.

Après que l'alerte a été donnée, il faut gérer la crise. Or cela peut nécessiter différentes mesures, telles que « l'organisation d'audits internationaux », ainsi que « l'élaboration de protocoles de recherche communs soumis à la critique de la communauté internationale » et, de façon plus large, la création de « mécanismes de coopération » -notamment pour la recherche et l'expertise- « à mettre en place de manière automatique et obligatoire »²⁶³. Or, pour toutes ces tâches, le concours de l'organisme mondial d'expertise pourrait encore être sollicité.

258. Voir C. Noiville et P.-H. Gouyon : « Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés. Le cas du maïs transgénique », annexe 2, n° 2-1-2.

259. Voir, sur ce point, M.-A. Hermitte, annexe 2.

260 Sur ce point, le **droit nucléaire** fournit un exemple intéressant. On y constate en effet « *un renforcement de la coopération internationale que l'on ne rencontre pratiquement dans aucun autre domaine* » (J.-M. Rainaud, « Le droit nucléaire », Que Sais-Je ? p. 95 et suivantes).

261. Cf. annexe 2.

262. D'ailleurs, cela est imposé par les articles 7 et 8 de la directive européenne 92/59 du 29 Juin 1992 sur la sécurité générale des produits. Cette directive décrit, en annexe, une procédure détaillée pour l'échange rapide d'informations visé à l'article 8.

263. Cf. annexe 2.

B.- Le principe de précaution et le contentieux de la responsabilité

Ce développement traitera exclusivement de la **responsabilité juridique**, c'est-à-dire de celle qui est mise en jeu devant les tribunaux, à l'exclusion de la responsabilité morale et philosophique²⁶⁴ et de la responsabilité politique²⁶⁵.

En revanche, on envisagera non seulement la **responsabilité pénale** – à but répressif- et les **responsabilités civile et administrative** – à but indemnitaire- dont le domaine est très général puisqu'elles sanctionnent toutes les activités humaines, mais aussi la **responsabilité disciplinaire** dont l'ambition est plus restreinte, puisqu'elle ne vise qu'à faire respecter, dans le cadre de certaines professions, les règles de déontologie.

Quelle est l'influence du principe de précaution sur ces différentes formes de responsabilité?

Pour certains, elle serait considérable. Ils voient, en effet, dans le principe de précaution un nouveau fondement de la responsabilité et affirment qu'il pourrait en modifier profondément le sens et la portée²⁶⁶. En quoi ils s'opposent d'ailleurs à un autre courant doctrinal qui conteste toute influence du principe de précaution sur la responsabilité juridique²⁶⁷.

À vrai dire, si on s'en tient à la lecture des décisions de justice, on serait tenté de donner raison à cette dernière opinion. Jusqu'à présent en effet, le principe de précaution ne semble presque jamais avoir été utilisé *expressis verbis* pour justifier ou écarter une responsabilité juridique invoquée devant un tribunal²⁶⁸.

Est-ce à dire que, pour autant, la notion de « précaution » -entendue comme le devoir de tenir compte des risques, même lorsqu'ils ne sont pas scientifiquement démontrés- soit restée étrangère au droit de la responsabilité? Rien n'est moins sûr. Il semble bien, au contraire, que cette idée ait été intégrée, depuis très longtemps déjà, dans ce domaine, par d'autres voies²⁶⁹.

Toutefois, il n'est nullement exclu que l'affirmation du principe de précaution en tant que règle de droit d'application directe n'ait pour conséquence, en confirmant la légitimité de certaines solutions ou évolutions antérieures, d'accentuer celles-ci et d'en justifier de nouvelles applications²⁷⁰.

C'est sur la responsabilité des décideurs que l'influence du principe de précaution apparaît *a priori* la plus vraisemblable (1) mais on peut imaginer qu'elle se fasse sentir également sur la responsabilité de ceux qui influencent la décision (les experts, les institutions scientifiques, les journalistes, les associations,...) (2).

264. Voir bibliographie.

265 Remarquons que celle-ci peut se trouver mise en jeu pour des faits qui engagent également la responsabilité juridique. Ce fut le cas dans l'affaire du « sang contaminé » en ce qui concerne les ministres mais, dans ses réquisitions devant la Cour de justice de la République, le Procureur général a pris soin de distinguer ces deux types de responsabilité : voir l'arrêt du 9 Mars 1999, Gaz. Pal. 21/22 Avril 1999. Voir, sur les rapports de la responsabilité politique et des responsabilités juridiques, en particulier pénales, T. Renoux, « Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? À propos des responsabilités pénales et politiques », J.C.P. 1999, I 161 ; O. Beaud, « Le sang contaminé, PUF (1999).

266 Voir F. Ewald, Le monde 23 Avril 1998; C. Thibierge, « Libre propos sur le droit de la responsabilité », à paraître à la revue trimestrielle de droit civil en 1999.

267 C'est l'opinion défendue notamment par O. Godard, Repères, revue Esprit, Juin 1996, p. 189; Réflexions sur la nature du principe de précaution, Rapport au colloque de l'INRA du 27 Avril 1999, p. 1 et suivantes, p. 12 et 13.

268 Dans l'affaire du sang contaminé, ce principe n'a pas été invoqué par les juges, bien qu'il fût sous-jacent. En revanche, il l'a été plus nettement par le TPI des Communautés européennes dans l'affaire des crèmes solaires (laboratoires pharmaceutiques Bergaderm et J.J. Goupil contre Commission, aff. T.199-96, rec. II, 2805).

269 Notamment, il est clair que « l'imprudence » qui joue traditionnellement un rôle essentiel, aussi bien en droit pénal qu'en droit civil et en droit administratif, inclut le défaut de précaution : voir *infra* a et b. En outre, la théorie du risque, qui a fortement marqué les jurisprudences civile et administrative depuis un siècle, a permis de répondre aux préoccupations qui sont généralement invoquées à l'appui du principe de précaution ; voir *infra* b, 2.

270 Voir en ce sens, G. Martin, « Principe de précaution et responsabilité », Rapport au colloque de Nice 30/31 Octobre 1996.

1. La responsabilité des décideurs

a) La responsabilité pénale

Parmi les conséquences possibles de l'application du principe de précaution, la plus redoutée est évidemment l'éventualité d'une multiplication des poursuites pénales dirigées contre les décideurs publics ou privés.

A priori, cette crainte n'est pas fondée. Il existe en effet en droit pénal un rempart naturel contre l'effet direct du principe de précaution : il s'agit du « **principe de légalité** »²⁷¹ qui est une règle fondamentale de valeur constitutionnelle et qui a été réaffirmé par l'article 111-3 du Nouveau Code pénal de 1992. En vertu de ce principe, une condamnation pénale ne peut être fondée que sur une incrimination qui était déjà prévue et définie par la loi avant les faits qui font l'objet des poursuites. Le manquement à la précaution ne pourrait donc être pénalement sanctionné que s'il entrait dans la définition d'une infraction prévue soit par le code pénal, soit par une loi spéciale. Or, pour l'instant, le « défaut de précaution » ne fait pas l'objet d'une incrimination de portée générale et il y a fort peu de chances qu'une telle incrimination -qui serait très difficile à formuler- soit introduite dans notre législation.

Toutefois, un certain nombre de raisons sont incontestablement de nature à alimenter l'inquiétude des décideurs.

1) L'existence d'incriminations vagues dans lesquelles pourrait s'insinuer le principe de précaution.

Il ne faut pas se dissimuler en effet qu'en l'état actuel de notre droit le principe de légalité se trouve fragilisé par l'existence d'un certain nombre d'incriminations définies en termes très larges qui semblent, au moins à première vue, se prêter à d'éventuelles condamnations pour manquement à la « précaution ». C'est le cas principalement de « l'homicide et des blessures involontaires » et de la « mise en danger d'autrui ».

1.1) L'homicide et les blessures involontaires -que le nouveau code pénal désigne par les expressions « d'atteintes involontaires à la vie » ou « à l'intégrité de la personne »- sont visés par les articles 221-6 et 222-19 à 21 de ce code qui incriminent « *toute maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements* », dès lors que ce fait a entraîné soit la mort, soit une incapacité totale de travail, quelle que soit la durée de celle-ci.

Ces infractions peuvent être retenues désormais non seulement contre des personnes physiques, mais aussi contre des personnes morales, qu'il s'agisse de sociétés, d'associations ou de groupements privés ayant la personnalité juridique ou de collectivités publiques, à l'exception de l'État²⁷².

Or, il est évident que les termes « imprudence », « négligence » et même « inattention » sont suffisamment vagues pour accueillir le défaut de prise en compte d'un risque dont l'existence ou les conséquences ne sont pas démontrées de façon irréfutable, du moment que leur probabilité est suffisante pour alerter une personne raisonnable.

D'ailleurs, il semble que cette conception de l'imprudence et de la négligence ait été admise depuis longtemps par le juge pénal²⁷³. Toutefois, on peut imaginer une accentuation de cette tendance sous l'influence de l'affirmation du principe de précaution qui pourrait, par exemple, conduire à réprimer plus spécialement, au titre de la négligence, la non-réalisation des études nécessaires pour lever les doutes sur la sécurité d'un procédé ou d'un produit. Une telle évolution menacerait alors aussi bien certains entrepreneurs privés (fabricants de produits alimentaires, médicaux, pharmaceutiques ou de produits industriels) que les décideurs publics auxquels serait imputée une déficience dans l'exercice de leurs pouvoirs d'autorisation ou de contrôle.

Il ne faut cependant pas, à notre avis, exagérer les chances de cette aggravation de la répression de l'homicide et des blessures involontaires car elle rencontre un certain nombre d'obstacles.

271 Voir R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, CUJAS 7^{ème} édition Tome I n°151 et suivants ; G. Stephani et G. Levasseur et B. Boulos, *Droit pénal général*, 16^{ème} édition, Dalloz, n° 99 et suivants ; M-L. Rassat, *Doit pénal général*, 2^{ème} édition, PUF, n° 91 et suivants.

272 Voir la condamnation prononcée contre la ville de Grenoble par la Cour d'appel de Grenoble le 12 Juin 1998, à la suite de la noyade de plusieurs enfants lors d'une sortie organisée sur le site d'une rivière (Gaz. Pal. 1998, p. 460).

273 Voir C. Lienhard et M-F Steinle-Feuerbach, *Eléments de prévention du risque de catastrophes et d'accidents collectifs*, Dalloz Affaires, 1^{er} Octobre 1998, n° 132.

Tout d'abord, le juge pénal doit interpréter les textes d'incrimination de façon étroite, c'est-à-dire dans le sens qui est le moins défavorable au prévenu²⁷⁴. C'est là un corollaire du principe de légalité, qui s'explique, comme celui-ci, par le souci d'éviter une répression arbitraire. Il a été explicité par l'article 111-4 du nouveau code pénal²⁷⁵. Par conséquent, pour retenir l'infraction d'homicide ou de blessures involontaires, le juge pénal doit caractériser réellement l'une des fautes visées par le texte (imprudence, négligence, inattention ...), ce qui suppose donc au moins la possibilité d'un soupçon sérieux de risque, suffisamment étayé scientifiquement et dont le prévenu a eu connaissance au moment des faits qui lui sont reprochés.

En outre, et surtout, la loi impose de prouver un dommage (mort ou blessures ayant provoqué une incapacité totale de travail) et un lien de causalité entre le comportement reproché au prévenu et ce dommage. Certes, cela n'exclut pas complètement la possibilité de condamner sur la base d'un risque dont tous les effets ne sont pas scientifiquement établis car la preuve judiciaire de la causalité n'exige pas une certitude absolue, mais seulement une probabilité suffisante²⁷⁶. Toutefois, c'est une barrière efficace contre une condamnation fondée sur un danger purement hypothétique.

En revanche, cette barrière n'existe pas en ce qui concerne le délit de « mise en danger d'autrui ».

1.2) L'incrimination de « mise en danger d'autrui » est une innovation du code pénal de 1992. Ce délit a été qualifié « d'infraction de prévention » car il n'exige pas la réalisation d'un dommage. L'article 223-1 du code pénal dispose en effet que « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende* ». Cette infraction peut être retenue éventuellement contre une personne morale²⁷⁷.

Cette disposition, qui a été édictée principalement en vue de renforcer la répression des atteintes à la sécurité du travail et des imprudences routières paraît *a priori* susceptible d'être interprétée comme susceptible de justifier la condamnation de décideurs privés (fabricants ou producteurs) ou publics (autorités chargées du contrôle des produits pharmaceutiques, alimentaires, industriels,...) sur la base d'un risque qui ne serait pas scientifiquement démontré.

Toutefois, une lecture attentive du texte permet de considérer cette éventualité comme très peu probable, à moins que les juges ne négligent ouvertement le principe d'interprétation stricte posé par l'article 111-4. En effet, l'incrimination a été volontairement affectée d'une série de conditions qui en limitent considérablement la portée²⁷⁸.

Tout d'abord, le législateur exige la preuve d'un « **risque immédiat de mort ou de blessures** » graves. Cela exclut donc le risque dont les conséquences sont mal connues ou ne doivent se manifester que dans l'avenir.

Il impose également d'établir qu'une ou plusieurs personnes ont été exposées « **directement** » à ce risque par le prévenu. Or, on peut difficilement retenir cet élément contre le fabricant d'un produit, encore moins contre l'autorité publique qui a pour mission de contrôler celui-ci, car ni l'un ni l'autre n'a de rapport direct avec les consommateurs.

Enfin, l'exigence d'une « **violation manifestement délibérée** d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence » donne à l'élément moral un relief particulier qui le rapproche de celui qui est requis pour les infractions intentionnelles.

En définitive, on peut donc conclure que ces incriminations de portée générale ne donnent qu'une assez faible prise à une répression pénale des décideurs pour manquement à une attitude de précaution.

Est-ce à dire que pour autant la crainte d'une aggravation de leur responsabilité pénale soit injustifiée ? On ne saurait l'affirmer car il existe d'autres raisons qui sont susceptibles de favoriser cette aggravation.

2) Les tendances favorables à une accentuation de la responsabilité pénale des décideurs.

274 Voir R. Merle et A. Vitu, *op.cit.* n° 174 et suivants, 178.

275. Article 111-4 : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

276. Voir R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* n°570.

277. Article 223-2 du code pénal.

278. Voir, sur l'interprétation de ce texte, G. Roujou de Boubee, J. Francillon, B. Bouloc et Y. Mayaud, Code pénal commenté, Dalloz (1996) p. 256 et suivantes ; M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz (1999), n° 307 et suivants ; M. Véron, Droit pénal spécial, Armand Colin (1999), p. 77 et suivantes.

La **multiplication des incriminations** est une tendance générale, le législateur ayant pris l'habitude d'assortir de sanctions pénales la plupart des prescriptions qu'il édicte. Ce mouvement est particulièrement développé dans les domaines de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs. Il vise notamment certains comportements liés au manque de précaution²⁷⁹.

Mais ce qui peut surtout inquiéter les décideurs, c'est le changement d'attitude que l'on observe à leur égard aussi bien de la part des victimes que des parquets et des juges.

Les victimes et les représentants du Ministère public hésitent en effet de moins en moins aujourd'hui à les poursuivre, y compris s'ils sont à la tête d'une entreprise ou font partie de la haute Administration, voire du personnel politique directement en charge de la conduite de l'État. En ce qui concerne les décideurs privés, cette évolution remonte déjà à une vingtaine d'années. Elle s'est produite d'abord à propos des infractions à la sécurité du travail, mais elle s'est poursuivie ensuite dans bien d'autres domaines, de telle sorte que la responsabilité pénale du chef d'entreprise est aujourd'hui très souvent mise en œuvre²⁸⁰. Pour les décideurs publics, le mouvement est beaucoup plus récent et, de ce fait, il est actuellement ressenti avec une grande acuité. Il faut ajouter que les victimes ont de plus en plus tendance aujourd'hui à préférer la voie pénale à la voie civile, ce qui s'explique par différentes raisons, en particulier le caractère de plus en plus indolore des condamnations civiles qui résulte de la généralisation de l'assurance de responsabilité et de la multiplication des fonds de garantie ou d'indemnisation²⁸¹. De ce fait, beaucoup de personnes ayant subi le contrecoup d'atteintes graves à leur santé, à leur sécurité ou à celle de leurs proches souhaitent un face à face direct avec ceux qu'elles tiennent pour responsables de leurs souffrances. Paul Ricoeur a parlé à ce sujet d'une « *résurgence sociale de l'accusation* »²⁸².

Il existe d'ailleurs un motif plus prosaïque à cette préférence accordée à la saisine des juridictions répressives : le procès pénal est en effet beaucoup moins coûteux que le procès civil, la recherche des preuves y étant à la charge de l'État, tandis que le prix des expertises judiciaires au civil est souvent prohibitif pour le justiciable moyen.

Or, cette **tendance à la pénalisation** est fortement encouragée par les réformes qui sont intervenues depuis une dizaine d'années, notamment dans le domaine de la procédure pénale.

On citera, à titre d'exemples, la suppression du privilège de juridiction des élus par la loi du 4 février 1993²⁸³, la création, par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, de la Cour de justice de la République devant laquelle les ministres peuvent être poursuivis pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les différents textes qui ont accru la place de la victime au procès pénal, notamment ceux qui ont reconnu aux associations de défense des consommateurs²⁸⁴ ainsi qu'aux associations de défense de l'environnement²⁸⁵ et à celles qui regroupent les victimes d'accidents collectifs²⁸⁶ le droit de se constituer parties civiles à l'occasion des infractions qui portent atteinte aux intérêts collectifs dont elles se proposent

279 C. Huglo, « Les délits liés au manque de précaution », Les Petites Affiches, 15 Février 1995.

280 Voir M. Delmas-Marty, « Droit pénal des affaires », Tome I, p.78 et suivantes ; G. Stephani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, n° 349 et suivants.

281 Voir G. Viney, « Introduction à la responsabilité », LGDJ n° 20 et suivants, 28-3.

282 Le concept de responsabilité. « Essai d'analyse sémantique », revue Esprit, Novembre 1994. Voir également M.-A. Hermitte, « Le sang et le droit », Seuil 1996, en particulier p. 471 et suivantes ; « Le droit et le drame de la transfusion sanguine », in « De quoi sommes nous responsables? » éd. Le Monde, 1997, p. 200 et suivantes ; J.-D. Bredin, « Le retour du Talion », in « Le Monde de l'éducation : comment apprendre à être responsable? », n° 267, Février 1999, pp. 34-35 ; L. Engel et A. Garapon, « La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique », revue Esprit, Août/Septembre 1997, n° 235

283. Voir C. Huglo, article précité, Les Petites Affiches 15 Février 1995. Il faut cependant noter que la responsabilité pénale des membres du Gouvernement ne peut être mise en jeu que devant la Cour de Justice de la République qui statue selon une procédure particulière limitant très étroitement le rôle des victimes (articles 68-1 et 68-2 nouveaux de la Constitution). Quant au Président de la République, sa responsabilité est limitée, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, aux « cas de haute trahison » et sa mise en accusation ne peut être décidée que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue. Il est jugé par la Haute Cour de Justice (article 68 de la Constitution).

284. Loi du 5 Janvier 1988.

285. Loi du 2 Février 1995 qui regroupe les dispositions antérieures.

286. Loi du 8 Février 1995.

d'assurer la défense²⁸⁷. Ajoutons que la réforme accentuant l'indépendance des parquets à l'égard de la Chancellerie ne peut que renforcer cette tendance.

Tous ces textes facilitent et encouragent les poursuites pénales contre des personnes qui, jusqu'à une époque récente, se sentaient peu exposées à de telles poursuites.

Or ce changement est d'autant plus sensible que les juges eux-mêmes semblent également portés à faire preuve d'une sévérité d'autant plus grande que le prévenu disposait de pouvoirs plus étendus. Cette propension à « hiérarchiser » les sanctions s'est d'abord manifestée vis-à-vis des chefs d'entreprises privées²⁸⁸, mais elle atteint également désormais le secteur public²⁸⁹.

On comprend donc les craintes aujourd'hui constatées, en particulier de la part des élus locaux dont les compétences ont été accrues par les lois de décentralisation et qui se trouvent de ce fait de plus en plus souvent exposés à des poursuites pénales.

Or, cette « peur du judiciaire » -et surtout de la mise en cause devant les juridictions répressives-, si elle peut avoir des effets salutaires en écartant de la gestion des affaires les gens malhonnêtes ou incompetents, présente également des risques. Elle peut en effet amener les décideurs à faire un usage excessif du principe de précaution, précisément pour fuir leurs responsabilités. Elle peut également dissuader ceux qui seraient capables d'exercer des fonctions publiques de briguer celles-ci. Ce serait alors un facteur de paralysie assez désastreux.

3) *Comment réagir contre ces effets pervers de la peur du procès pénal?*

Il conviendrait évidemment d'abord de lutter contre la tendance signalée plus haut, à multiplier les incriminations pénales et à assortir systématiquement toute prescription impérative d'une sanction répressive. Le mouvement favorable à la « **dépénalisation** », qui a été fortement soutenu en doctrine et qui a paru s'amorcer effectivement au milieu des années 1980, mais qui n'a pas abouti à des résultats vraiment tangibles, devrait être repris par le législateur.

Quant à provoquer un allègement des poursuites pénales spécialement au profit des décideurs, en particulier de ceux qui relèvent du secteur public, c'est là une tentation permanente à laquelle le législateur n'a pas toujours su résister. Ainsi, par exemple, une loi de 1973 avait prévu un privilège de juridiction au profit des maires. Toutefois, il est vraisemblable qu'une telle disposition, qui a été abolie par une loi du 4 janvier 1993, serait aujourd'hui déclarée illégale, comme contraire au principe d'égalité, tant par le Conseil constitutionnel, si elle figurait dans une loi, que par le Conseil d'État, si elle était prévue par un texte réglementaire.

D'ailleurs, en 1995, une nouvelle tentative destinée à alléger la responsabilité pénale des élus locaux pour imprudence ou négligence a finalement échoué. En effet, la loi qui a été votée le 13 mai 1996 a, certes, modifié la définition de l'élément moral des infractions non intentionnelles²⁹⁰, mais elle n'a pas admis de dérogation à cette définition au profit des représentants des collectivités locales²⁹¹.

En revanche, on aurait pu espérer que l'effort ainsi tenté en faveur d'une définition plus précise et plus stricte serait de nature à éviter une dérive de l'interprétation des notions d'imprudence et de négligence pénale inspirée par une conception trop radicale du principe de précaution.

Pourtant il faut bien constater que, dans sa rédaction actuelle, la loi du 13 mai 1996 ne répond guère à cet objectif et d'ailleurs elle ne semble pas avoir eu de véritable impact sur la jurisprudence²⁹².

Il faudrait, pour que le but recherché soit atteint, que le législateur prévoie explicitement à l'article 121-3 du nouveau code pénal, que le prévenu n'encourt aucune condamnation pénale lorsqu'il peut démontrer qu'il n'était pas en mesure, au moment des faits qui lui sont reprochés, de connaître le risque dont la réalisation lui est imputée.

Toutefois, cet effort de définition plus stricte de l'imprudence pénale, pour souhaitable qu'il soit, se heurte aujourd'hui à un **obstacle** important : il s'agit du « **principe d'identité de la faute pénale d'imprudence et de**

287. Voir à ce sujet, A. Schneider, « Réparation et répression : histoire d'une transformation des besoins par la notion de risque », Les Petites Affiches 22 Juin 1999, p. 13 et suivantes, n° 23 à 25.

288. Voir C. Lienhard et M.-F. Steinle-Feuerbach, article précité, Dalloz Affaires 1^{er} Octobre 1998, n° 132, VI.

289 Voir J. Laveissiere, « Le mouvement de pénalisation de l'action locale », Les Petites Affiches, 15 Avril 1999.

290 Alineas 2 et 3 de l'article 121-3 du code pénal.

291. Voir G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc et Y. Mayaud, Code pénal annoté, Dalloz, p. 25 et suivantes.

292 Voir J.-H. Robert, Droit pénal général, 4^{ème} édition 1999, Thémis, p. 325 et suivantes, et les références citées.

la faute civile »²⁹³. En effet, ce principe a pour conséquence d'empêcher le juge saisi de l'action civile, dès lors que la juridiction pénale a prononcé une relaxe pour absence de faute d'imprudence, de reconnaître l'existence d'une faute civile et, par conséquent, d'octroyer aux victimes une indemnisation sur ce fondement. Ainsi, tant que ce principe sera maintenu, toute restriction apportée à la répression de la faute pénale non intentionnelle ne peut que limiter les possibilités de réparation. Or, une telle limitation serait aujourd'hui très mal ressentie par l'opinion publique qui considère la réparation des atteintes graves à la santé et à la sécurité des personnes comme une exigence de justice incontournable²⁹⁴.

La redéfinition, dans un sens plus étroit, de la faute pénale non intentionnelle postule donc l'abandon de ce principe d'identité.

À vrai dire, la réalisation de ce préalable ne devrait d'ailleurs pas soulever de difficulté car cette assimilation de la faute pénale d'imprudence à la faute civile, que la Cour de cassation a admise en 1912 en prenant le contre-pied d'une jurisprudence antérieure constante, ne repose sur aucun fondement solide et fait l'objet de critiques à peu près unanimes, tant de la part des pénalistes²⁹⁵ que des civilistes²⁹⁶. En outre, l'évolution jurisprudentielle, qui a fait apparaître des différences de plus en plus nettes entre faute civile et faute pénale, rend aujourd'hui cette règle totalement anachronique. Elle est d'ailleurs inconnue dans la très grande majorité des autres pays européens. **Il serait donc souhaitable à tous égards qu'elle soit explicitement abolie**, ce qui rendrait au législateur la liberté de formuler une définition raisonnable de l'imprudence pénale et au juge répressif la possibilité d'interpréter cette définition avec la modération qui s'impose, sans risquer, par là même, de compromettre les chances d'une indemnisation ressentie désormais comme indispensable, au moins en cas d'atteintes graves à la santé ou à la sécurité humaine²⁹⁷.

b) Les responsabilités civile et administrative

Ni les tribunaux civils, ni les tribunaux administratifs ne semblent avoir jusqu'à présent eu l'occasion d'apprécier la responsabilité d'un décideur privé ou public en se fondant sur la méconnaissance ou, au contraire, le respect, par celui-ci, du principe de précaution. Pourtant, ce principe pourrait intervenir à divers titres dans ces deux contentieux.

D'ailleurs, un certain nombre de prédictions ont été formulées à ce propos et il importe donc de s'interroger sur leur bien-fondé.

1) Le principe de précaution est-il susceptible d'orienter davantage les responsabilités civile et administrative vers une fonction de prévention ?

Alors qu'aujourd'hui la fonction essentielle de la responsabilité civile, comme de la responsabilité administrative, est réparatrice ou « curative », il a été soutenu que, dans les domaines où se déploie le principe de précaution, c'est-à-dire essentiellement la santé, la sécurité humaine et l'environnement, c'est la fonction de « prévention » ou « d'anticipation » du dommage qui devrait prendre l'avantage²⁹⁸. En effet, a-t-on souligné, pour les dommages très graves et irréversibles, surtout ceux qui peuvent se produire à long terme et compromettre le bien-être des générations futures, la réparation n'a pas vraiment de sens car elle est

293. Voir G. Viney, « Introduction à la responsabilité », n° 152 à 158.

294. C'est ce qui explique que, lorsque la responsabilité civile est impuissante à assurer cet objectif, la loi crée de plus en plus souvent des mécanismes d'indemnisation spécifiques assurés soit par l'État, soit par les fonds d'indemnisation, soit par des assurances particulières. Voir G. Viney, « Introduction à la responsabilité », n° 28 à 28-4.

295. Voir R. Merle et A. Vitu, « Traité de droit criminel », Tome 1, n° 609 ; A. Pirovano, « Faute civile et faute pénale », LGDJ (1966).

296. Voir P. Le Tourneau et L. Cadet, « Droit de la responsabilité », Dalloz Action, 1998, n° 3065 ; G. Viney, *op. cit.* n° 153 ; G. Schamps, « La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé », éd. Bruylant et LGDJ (1998), préface R.O. Dalcq, p. 965 et suivantes.

297. Ces questions de la redéfinition de la faute pénale d'imprudence et de ses rapports avec la faute civile font actuellement l'objet d'une étude confiée à une commission présidée par un membre du Conseil d'État, Monsieur le Président Massot.

298. Voir C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile », revue trimestrielle de droit civil (1999) p. 561. Cet auteur estime que l'on devrait assister à la naissance d'une responsabilité préventive à côté de la responsabilité curative ; P. Lascoumes, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », Année sociologique 1996, p. 359 et s. ; M. Boutonnet, « L'émergence de la notion de précaution en droit de la responsabilité », mémoire de DEA, Orléans, 1998, n° 92 à 94.

pratiquement irréalisable. Ce qui importe donc, c'est d'agir en amont pour éviter la réalisation de telles catastrophes²⁹⁹.

Quelle portée convient-il de reconnaître à cette observation? À notre avis, elle ne doit pas être exagérée.

Certes, il est incontestable que la gravité et l'irréversibilité des dommages possibles oblige à mieux structurer la prévention qui est appelée à prendre, dans l'avenir, de plus en plus d'importance à côté de la réparation et qui doit inclure la « précaution ».

Cette organisation de la prévention et de la précaution passe, nous l'avons constaté, par la mise en place de procédures et de structures appropriées³⁰⁰. Toutefois, cette réglementation -aussi essentielle soit-elle- n'en demeure pas moins extérieure à la responsabilité qui n'intervient par hypothèse qu'en cas d'échec de la prévention. Or, à ce stade, c'est-à-dire lorsque, la prévention ayant échoué, le dommage s'est produit, la réparation demeure évidemment nécessaire, même si, en raison de l'énormité des préjudices, elle ne peut les garantir totalement. Elle doit donc rester l'une des fonctions principales des responsabilités civile et administrative.

Mais cela ne signifie pas que, pour autant, l'idée de « prévention » ou « d'anticipation » ne soit pas appelée à jouer, sous l'influence du principe de précaution, un rôle plus important dans l'aménagement de ces responsabilités. Quelles pourraient être les principales manifestations de cette orientation?

Celle qui paraît *a priori* la plus plausible consisterait à **assouplir la notion de dommage** susceptible de justifier la mise en jeu de la responsabilité. Actuellement, le droit civil comme le droit administratif exige en principe un dommage certain et actuel³⁰¹. Or, on pourrait concevoir que l'application du principe de précaution incite les juges à se contenter d'une **simple menace de dommage**, lorsque celle-ci concerne la santé, la sécurité humaine ou l'environnement et que le préjudice envisagé est grave ou irréversible³⁰². D'ailleurs, on constate que, d'ores et déjà, les tribunaux admettent assez souvent que la simple création d'un risque soit assimilée à un dommage indemnisable³⁰³.

Cette évolution, si elle se confirmait, pourrait être accompagnée et accentuée par l'admission d'un traitement particulier de ce type de dommage, notamment par le développement **des condamnations permettant d'agir directement sur le risque et d'en surveiller l'évolution**³⁰⁴. Il serait notamment concevable d'étendre la possibilité de prononcer « des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent ... pour prévenir un dommage imminent ». L'article 809 du code de procédure civile réserve actuellement ce pouvoir à la juridiction des référés qui n'en fait généralement usage qu'en cas d'urgence³⁰⁵. Or, on pourrait songer à le confier également au juge du principal sans exiger l'urgence ni même le caractère imminent de la réalisation du risque. Il serait également souhaitable que le juge ordonne des expertises renouvelables à intervalles réguliers.

2) Le principe de précaution est-il de nature à provoquer un recul des cas de responsabilité sans faute, notamment de ceux qui sont fondés sur la « théorie du risque »?

Cette hypothèse est formulée par nombre d'auteurs qui prévoient, sous l'influence du principe de précaution, un retour en force de la responsabilité pour faute³⁰⁶.

299 Cette évolution vers la prévention a été également signalée et approuvée, sans référence au principe de précaution, par Y. Saint-Jours, « De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques », *Dalloz* (1999) chr., p. 211.

300 Voir *supra*, III-B et -C.

301 Pour le droit civil, voir P. le Tourneau et L. Cadet, « Droit de la responsabilité », n° 662 et suivants ; G. Viney et P. Jourdain, « Les conditions de la responsabilité », *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2^{ème} édition 1998, n° 275 et suivants. Pour le droit administratif, voir A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, « *Traité de droit administratif* », Tome 1, n° 1307 et suivants.

302. Voir A. Guégan, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », mémoire DEA, Université de Paris I (1999), n° 29.

303. Voir G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n°278 et les arrêts cités à la note 361.

304 Voir G. Martin, « Précaution et évolution du droit », *Dalloz* (1995) p. »301, qui prévoit un « enrichissement de la prévention » par la précaution.

305. La Cour de cassation n'exige cependant plus la constatation d'urgence : voir civ. III, 26 Octobre 1982, *Bull. civ. III*, n° 207, *RTD civ.* (1983) p. 381 et obs. J. Normand.

306 Voir G. Martin, *Chr. précitée*, D.1995, p. 299 et spécialement pp. 304 et 305 ; « Principe de précaution et responsabilités », rapport au colloque de Nice des 30 et 31 Octobre 1996 ; « La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », *JCP éd.*, supplément aux cahiers du droit de l'entreprise, 15 Avril 1999, pp. 3 à

Or, cette éventualité, que certains souhaitent³⁰⁷ et que d'autres redoutent³⁰⁸, ne nous paraît aucunement crédible. En effet, les objectifs qui sont aujourd'hui assignés à la prise en compte du principe de précaution dans l'aménagement des règles de la responsabilité sont exactement les mêmes que ceux qui ont inspiré, à la fin du XIX^{ème} siècle, la « théorie du risque »³⁰⁹ et qui justifient les cas de responsabilité sans faute qu'elle a inspirés, de telle sorte que cette construction doctrinale peut être considérée comme ayant intégré, un siècle avant que l'on ne parle du « principe de précaution », tous les apports potentiels de ce principe au droit de la responsabilité³¹⁰.

2.1) L'un des principaux effets que l'on attribue généralement au principe de précaution consiste à justifier, sinon un renversement complet de la charge de la preuve, du moins un allègement de celle-ci au profit des personnes exposées aux risques. Or, c'est exactement dans ce but qu'a été élaborée la théorie du risque, au profit, en particulier, des victimes d'accidents du travail et d'accidents de transport qui précisément se trouvaient presque toujours, au moment où cette doctrine a été proposée, dans l'impossibilité de démontrer une faute de l'employeur ou du transporteur, *a fortiori* le lien de causalité entre cette faute et l'accident, et qui, de ce fait, étaient généralement privées de tout moyen d'obtenir la moindre réparation sur la base des textes du code civil qui ne connaissait à l'époque que la responsabilité pour faute³¹¹.

Il serait donc particulièrement absurde de revenir, au nom du principe de précaution, sur des solutions qui ont été admises précisément pour faire face à une difficulté -celle de la preuve- que les partisans du principe de précaution dénoncent aujourd'hui pour d'autres types de dommages, et ceci d'autant plus que la théorie du risque permet d'aller encore beaucoup plus loin dans le sens indiqué que le principe de précaution puisqu'elle supprime radicalement l'exigence de la faute -et, par conséquent, celle de sa preuve.

2.2) Un deuxième objectif ordinairement assigné au principe de précaution consiste à empêcher les décideurs de se prévaloir de l'incertitude scientifique comme d'une cause de justification pour les dommages provoqués par leurs décisions. Or, la théorie du risque va exactement dans le même sens puisqu'elle permet d'imputer une responsabilité sur la seule preuve d'un lien purement matériel entre une activité dangereuse et le dommage, sans laisser au défendeur la possibilité de se justifier en invoquant les incertitudes scientifiques qui affectent le déroulement du processus dommageable. C'est en effet le fait même d'assumer une activité comportant un risque pour autrui qui est considérée comme engendrant l'obligation de réparer les dommages qui constituent la réalisation normale de ce risque.

D'ailleurs, à ce point de vue encore, la responsabilité sans faute a montré qu'elle présente une efficacité bien supérieure à celle du principe de précaution. On prendra pour exemple les régimes de « garantie contre les vices cachés » et de responsabilité stricte que la jurisprudence a imposés, sur la base de certains textes du code civil, interprétés très librement, aux vendeurs, producteurs, fabricants et constructeurs professionnels pour les dommages causés par les défauts de leurs produits ou des ouvrages construits. Les tribunaux ont en effet poussé, dans ce domaine, la logique de la responsabilité sans faute jusqu'à admettre que même « **le risque de développement** », c'est-à-dire le défaut que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de déceler au moment où le produit a été mis en circulation ou l'ouvrage livré, **ne suffit pas à exonérer le professionnel de sa responsabilité**³¹². On ne saurait donc se montrer plus indifférent à la preuve scientifique du risque et de ses conséquences³¹³ !

5 ; P. Lascoumes, « La précaution comme anticipation des risques résiduels »..., Année sociologique 1996, p. 359 et suivantes ; La précaution, un nouveau standard de jugement, revue Esprit, Novembre 1997, p. 132 ; M. Rémond-Gouilloud, « Du risque à la faute », revue Risques, Juillet/Septembre 1992, p. 11 ; « Le risque de l'incertain, la responsabilité face aux avancées de la science », La vie des sciences 1993, n° 4, p. 341 et suivantes ; M. Long, Préface à l'ouvrage coordonné par O. Godard, « Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines » ; C. Lepage, « Que faut-il entendre par principe de précaution ? », Gazette du Palais, 8-9 Octobre 1999, pp. 10-11.

307. C'est le cas, par exemple, de M. Rémond-Gouilloud.

308. G. Martin, M. Long.

309. Voir G. Viney, « Introduction à la responsabilité », in: Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ (1995), n° 49, 50 et 50-1.

310 Voir en ce sens, P. Lascoumes, article précité, Année sociologique 1996, p. 359 et suivantes ; Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel, 1996, p. 793, n° 696. Il est frappant de relever que, dans sa note sous l'arrêt fondateur du 18 Juin 1896, qui a pour la première fois fait application de la théorie du risque en droit français, Saleilles, l'un des auteurs, avec Jossierand, de cette théorie, emploie à de nombreuses reprises l'expression « précaution » ou « défaut de précautions » (Dalloz 1897, p. 433 et suivantes, notamment pp. 435, 436 et 437).

311. Voir G. Viney, *op. cit.*, n° 49 et suivants.

312. Voir notamment les arrêts cités par P. Jourdain, RTD Civ 1998, p. 384, en particulier civ.III, 22 Octobre 1980, Bull. civ.III, n° 161 et 162 ; 17 Mai 1983, Bull. civ.III, n° 115 ; 30 Novembre 1983, Bull. civ.III, n° 253, RTD Civ 1986, p. 137,

2.3) Rappelons enfin que le principe de précaution tend, comme nous l'avons déjà signalé, à **favoriser la fonction préventive de la responsabilité**. Or, il nous paraît tout à fait évident, quoi qu'on en ait dit, qu'à cet égard également, les responsabilités détachées de la faute et fondées sur le risque sont particulièrement efficaces. En effet, alors que la responsabilité pour faute, dont le prototype est celle qui résulte de la méconnaissance d'une « obligation de moyens », laisse au défendeur la possibilité de se justifier en démontrant qu'il n'était pas au courant du risque, et même d'attendre passivement que le demandeur établisse qu'il connaissait le risque et n'a pas déployé, pour le conjurer, la diligence que l'on pouvait normalement attendre de lui, l'application d'un régime de responsabilité sans faute, du type de celle qu'induit l'admission d'une « obligation de résultat », ne tolère aucune de ces échappatoires. Du moment que le dommage qu'il devait éviter s'est produit, l'auteur doit en répondre. Il lui faut donc l'éviter à tout prix, ce qui accentue l'effet préventif de la responsabilité³¹⁴.

La théorie du risque et le principe de précaution ayant pour objectif commun d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager. D'ailleurs, on relève dans la législation³¹⁵ et la jurisprudence³¹⁶ récentes de nouveaux progrès de ce type de responsabilité précisément dans les domaines concernés par le principe de précaution.

Bien plus, il semble même que ce principe incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d'indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d'une faute, mais même d'une responsabilité quelconque. L'affaire du sang contaminé a en effet abouti à la création d'un fonds d'indemnisation au profit des victimes. Or, pour obtenir le bénéfice de cette indemnisation, la victime n'a pas d'autre preuve à apporter que celle d'une transfusion durant la période qui a précédé la mise en œuvre de la décision imposant le chauffage des produits sanguins. Elle n'a nullement l'obligation de désigner un « responsable ».

Cette orientation pourrait être développée à propos de l'ensemble des risques sériels qui menacent la santé, la sécurité et l'environnement. D'ailleurs, en ce qui concerne **le risque d'accident médical**, que l'on désigne parfois par l'expression d'« **aléa thérapeutique** », la mise en place d'un tel système est réclamée avec de plus en plus d'insistance de divers côtés³¹⁷.

obs. J. Huet ; 27 Juin 1987, Gaz. Pal. 1987, pan.215 ; 7 Mars 1990, Bull. civ.III, n° 69, JCP 1990, IV, 174, RTD civ (1990), p. 489, obs. P. Jourdain ; civ.I, 16 Décembre 1992, Resp. civ. et ass. 1993, comm. n° 47. Voir également civ.I, 9 Juillet 1996, Bull. civ.I, n° 304.

313. Un autre exemple de cette capacité de la théorie du risque à justifier la responsabilité en dépit de l'insuffisance de la preuve scientifique apportée par la victime peut être trouvé dans un arrêt très remarqué du 21 Décembre 1990 par lequel la CAA de Lyon a admis la responsabilité d'un hôpital à propos d'un accident médical qui avait provoqué une paraplégie à l'occasion d'un examen exploratoire. Après avoir relevé qu'aucune faute n'était établie à l'origine de cet accident, la CAA a en effet jugé que « l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont les conséquences ne sont pas entièrement connues crée un risque spécial » susceptible de justifier la responsabilité sans faute de l'établissement hospitalier (entre CAA de Lyon, 21 Décembre 1990, consort Gomez, rec. Lebon, p. 498, Droit. adm., 1991, n° 203, 1991, p. 127 et 167, chr. Jouguelet et Loloum, JCP 1991, II 21698, note J. Moreau).

314 Voir G. Schamps, « La mise en danger, un concept fondateur d'un principe général de responsabilité », op. cité, p. 365 : « la responsabilité pour risque remplit aussi un rôle préventif en incitant à l'adoption de mesures de précaution ».

315 Voir les exemples cités par A. Guégan concernant notamment le droit de l'environnement, la sécurité des produits... op. cit. n° 24. Certes, on peut invoquer, en sens contraire, l'admission, par la loi du 19 Mai 1998, de l'exonération pour « risque de développement » (article 1386-11 du code civil) qui rapproche la responsabilité des fabricants et producteurs d'une responsabilité pour faute, alors qu'auparavant, il s'agissait clairement d'une responsabilité sans faute mais, outre que cette exonération est conditionnelle, car la victime conserve la possibilité d'agir sur le fondement du droit antérieur à la loi (article 1386-18 du code civil), elle n'est nullement liée à la prise en compte du principe de précaution. Cette exonération a été admise pour harmoniser le droit français avec la plupart des autres législations européennes à l'occasion de l'introduction de la directive du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

316. Voir, par exemple, les trois arrêts de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 29 Juin 1999 qui ont imposé une obligation de résultat -et par conséquent une responsabilité sans faute- aux cliniques et aux médecins en cas d'infection nosocomiale, JCP 1999, II, 10138, rapport de P. Sargos.

317. Sur ce problème, il existe une littérature considérable : voir, en particulier, les Actes du Colloque de Paris I du 24 Avril 1997, « L'indemnisation des accidents médicaux », LGDJ, 1997, Bibliothèque de Droit privé, T. 289 ; M. Morlaas-Courties, « L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux », thèse Montpellier I, 1999 ; Gaz. Pal. 16-17 Juin 1999, numéro consacré au droit de la santé. La loi du 19 Mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux contient un article imposant au Gouvernement de présenter au Parlement un rapport relatif à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. L'inspection générale des services judiciaires (IGSJ) et l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) ont été chargées par

Ces tendances nous paraissent donc démentir catégoriquement l'hypothèse d'un retour vers la responsabilité pour faute sous l'influence du principe de précaution.

En revanche, il n'est nullement exclu que ce principe de précaution affecte la définition de la faute dans les cas où celle-ci reste une condition de la responsabilité.

3) *Le principe de précaution peut-il exercer une influence sur la définition de la faute ?*

Que le principe de précaution puisse être un facteur de « rénovation » de la notion de faute, c'est ce qui est souvent soutenu³¹⁸ et, de fait, il semble que l'influence de ce principe devrait se faire sentir sur la faute commise aussi bien dans l'exercice d'une activité à risques que dans le contrôle de celle-ci.

3.1) **La faute de précaution dans l'exercice d'une activité à risques.**

On songe ici principalement aux professionnels qui, dans l'exercice de leur activité, peuvent exposer leurs clients ou même des tiers à certains risques et dont la responsabilité relève de la compétence judiciaire et se trouve soumise à l'empire des règles du droit privé.

L'affirmation du principe de précaution paraît effectivement de nature à imposer à ces professionnels de nouvelles obligations dont l'inobservation sera inévitablement considérée par les tribunaux comme constitutive d'une faute, ce qui devrait provoquer un élargissement de cette notion.

Tout d'abord, il est évident que la mise en œuvre du principe de précaution par des textes spécifiques créant des procédures particulières pour les activités à risques ne peut que conduire à soumettre ceux qui exercent ces activités à l'obligation de respecter ces procédures. **L'inobservation de chacune des « précautions » imposées par ces dispositions sera donc considérée comme une « faute »**, ce qui est de nature, étant donné le caractère tatillon de certaines de ces réglementations, à étendre assez considérablement les occasions de commettre des fautes.

En outre, dans l'appréciation des devoirs de portée générale que la jurisprudence civile a dégagés à partir de la formulation très large des articles 1382 et 1383 du Code civil³¹⁹, le principe de précaution peut également se manifester dans le sens d'un élargissement des obligations du professionnel, et, par conséquent, d'une extension de la faute résultant de l'inobservation de ces obligations.

Par exemple, le **devoir de prudence et de diligence**, qui commande d'éviter, dans toute la mesure du possible, d'exposer autrui à un risque connu et démontré, s'élargit tout naturellement, sous l'influence du principe de précaution, au risque seulement probable. La référence classique aux « données acquises (ou actuelles) de la science »³²⁰ tend donc à s'effacer au profit d'une référence plus vague aux données de l'expérience et aux hypothèses scientifiques sérieuses. En outre, la « diligence » tend à englober une « obligation de produire de la connaissance »³²¹ afin de vérifier ou d'infirmer les hypothèses de risque.

L'influence du principe de précaution devrait se faire sentir également en ce qui concerne l'appréciation du **« devoir d'information »** auquel la jurisprudence accorde aujourd'hui une importance toute particulière dans l'appréciation de la responsabilité des professionnels³²². En effet, une « approche de précaution » commande d'inclure dans l'information non seulement les risques scientifiquement établis, mais aussi ceux qui sont probables ou dont certaines conséquences sont soupçonnées sans être totalement prouvées. Dans certains cas, elle peut même imposer de communiquer les opinions dissidentes³²³ pourvu qu'elles aient été sérieusement étayées. En outre, elle **élargit sensiblement le cadre de l'information qui ne doit plus se limiter à la relation**

plusieurs ministres d'une mission sur : « la responsabilité et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ». Le rapport de cette commission doit être déposé au mois d'Octobre 1999.

318 Voir M. Rémond-Gouilloud, « Le risque de l'incertain », La vie des sciences, comptes-rendus, série générale, Tome 10, 1993, n° 4, p. 431 ; G. Martin, « La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », JCP E, 15 Avril 1999 ; Précaution et évolution du droit, D.1995, chr. p. 304.

319. Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Article 1383 : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

320. Voir M. Harichaux, « L'obligation du médecin de respecter les données de la science », JCP 1987, I, 3306.

321 Voir G. Martin, articles précités, JCP E 15 Avril 1999, p. 4 et D.1995, chr. p. 302.

322 Voir P. le Tourneau et L. Cadiet, « Droit de la responsabilité », n° 1566 et suivants ; G. Viney et P. Jourdain, « Les conditions de la responsabilité », n° 502 et suivants.

323. Voir G. Martin, JCP E, 15 Avril 1999, p. 4.

personnelle entre le professionnel et son client mais impliquer tous ceux qui peuvent être atteints par le risque et tous ceux qui sont en mesure de le connaître.

Cette **dimension collective de l'information** est particulièrement importante dans le domaine de la santé publique³²⁴, les professionnels de la santé étant désormais investis d'un véritable « **devoir de veille et d'alerte** » qui est déjà encadré législativement³²⁵. La directive 92/59 du 29 Juin 1992 sur la sécurité générale des produits l'impose également aux producteurs et aux distributeurs³²⁶. Mais ce devoir devrait être élargi à tous les professionnels auxquels leurs fonctions permettent d'avoir accès à des informations utiles pour la santé, la sécurité publique ou la protection de l'environnement.

Pour réaliser cette extension, il conviendrait qu'un texte législatif impose la communication de ces informations aux autorités publiques compétentes³²⁷, qu'il aménage les sanctions de cette obligation et qu'il précise les modalités de sa conciliation avec le respect du secret industriel et du secret professionnel.

Il serait également utile que ce même texte indique de quelle manière l'autorité publique qui aura été ainsi informée d'un risque avéré ou probable, devra elle-même en avertir les personnes qui y sont exposées et, si ce risque peut développer ses effets hors des frontières, comment elle devra le faire connaître aux instances internationales compétentes. Sur tous ces points, la directive 92/59 du 29 Juin 1992 fournit d'ailleurs un canevas qui pourrait être utilisé³²⁸.

Enfin, le principe de précaution implique encore de prolonger et de compléter l'obligation d'information, qui doit être perpétuellement remise à jour, par une « **obligation de suivi** » consistant à surveiller l'évolution du risque.

Cette obligation concerne tout particulièrement les fabricants et producteurs qui mettent sur le marché des produits susceptibles de présenter des dangers pour la santé, la sécurité ou l'environnement. Dans une « approche de précaution », il paraît en effet normal que ces professionnels soient tenus de continuer à surveiller leurs produits même lorsque ceux-ci sont déjà en circulation, et que, dès lors qu'apparaît un risque qui n'était pas encore connu au moment où ils s'en sont dessaisis, ils soient obligés d'en avertir le public, notamment par la presse, la radio ou la télévision, et éventuellement d'effectuer un rappel pour révision ou même un retrait du produit défectueux.

Cette obligation de suivi a d'ailleurs été consacrée par la directive européenne du 29 Juin 1992 sur la sécurité des produits³²⁹.

En droit interne également, elle a fait son apparition -quoique timidement- dans la loi du 19 Mai 1998 qui transpose la directive européenne du 25 Juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux³³⁰. Toutefois, dans ce texte, qui consacre une responsabilité objective pour défaut du produit, et non pas une responsabilité pour faute du producteur, elle n'est admise que de façon implicite et comme une simple exception à une solution nouvelle par rapport au droit antérieur, à savoir l'exonération pour « risque de développement »³³¹.

On a vu en effet précédemment que la jurisprudence civile avait écarté cette cause d'exonération en faisant prévaloir une conception stricte de la responsabilité du producteur, complètement indépendante de la faute³³². Or, la loi du 19 Mai 1998 l'a finalement introduite en droit français par souci d'harmonisation avec les droits des autres pays européens -en particulier de l'Allemagne- qui l'ont toujours admise et dont les représentants à

324. Voir M-A. Hermitte et C. Noiville, « L'obligation d'information en matière de santé publique », *Gaz. Pal.*, 23/24 Octobre 1998 ; C. Noiville, *Commentaire des arrêts de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 7 Octobre 1998*, *Les Petites Affiches* 3 Mars 1999 ; P. Sargos, « L'information sur les médicaments. Vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités », *JCP* 99, I, 144 ; G. Martin, *Chr. précitée*, D.1995, p. 301.

325. Voir *supra* III-C.1

326. Articles 3-2 et 3.

327. Dans les domaines où il existe un Institut de veille, comme c'est le cas actuellement en matière de santé, c'est cet institut qui doit être informé. À défaut, ce devrait être l'Agence compétente

328. Articles 5 à 7.

329. Article 3-3 et article 3-2, second tiret.

330. Nouveaux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil.

331. Article 1386-12 *alinea* 2 du code civil.

332. Voir *supra* 2.2.

Bruxelles ont obtenu qu'elle soit autorisée par la directive du 25 Juillet 1985. Toutefois, étant donné que cette innovation constituait, en droit français, un recul très net de la protection des victimes, les représentants des consommateurs ont réclamé qu'elle soit strictement encadrée et réduite au minimum. Ils ont obtenu, en particulier³³³, qu'elle soit écartée au cas où le producteur aurait méconnu l'obligation de suivi³³⁴. En outre, la loi a laissé à la victime le droit d'opter pour l'application du droit déjà en vigueur au jour de sa promulgation³³⁵ et qui ignore, nous l'avons vu, l'exonération pour risque de développement.

Ces solutions complexes - et non exemptes de contradictions - sont révélatrices de l'hésitation du droit français entre un système de responsabilité sans faute, assurant aux victimes une protection plus complète que celle qui résulte de la simple application du principe de précaution, et une responsabilité fondée sur une faute élargie, le « défaut de précaution ».

Il serait, à notre avis, souhaitable que l'obligation de suivi soit affirmée par une disposition législative explicite de portée plus large que celle de l'article 1386-12 du code civil, comme paraît d'ailleurs l'imposer l'article 3-3 de la directive du 29 Juin 1992 relative à la sécurité des produits.

3.2) La faute de précaution dans le contrôle des activités à risques.

Cette faute, ordinairement imputable à un agent public, et susceptible de mettre en jeu la responsabilité de la collectivité publique dont relève cet agent, est soumise à l'appréciation des juridictions administratives et aux règles du droit administratif. Elle consiste soit en un défaut, soit en un excès de précaution, l'un et l'autre étant appréciés selon la méthode du bilan coût/avantage³³⁶, en fonction du principe de proportionnalité.

L'**insuffisance de précaution** peut résulter soit d'une abstention de l'autorité administrative qui aurait dû décider une mesure, par exemple une interdiction de fabrication ou un retrait, soit d'un défaut de contrôle par les agents chargés de surveiller la santé, la sécurité des personnes, la qualité des produits alimentaires, pharmaceutiques ... ainsi que le respect des règles d'étiquetage, de traçabilité et, plus largement, de l'information due au public.

L'un des fondements possibles de la responsabilité des pouvoirs publics pour ce type de faute pourrait être la loi du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs. L'ambition initiale de ce texte consistait à donner aux autorités administratives les moyens d'intervenir pour organiser la prévention des dommages susceptibles d'être causés aux consommateurs par des produits ou des services défectueux³³⁷, mais ces dispositions nous paraissent susceptibles de justifier, en cas de méconnaissance par l'Administration de ses propres pouvoirs, la responsabilité de celle-ci³³⁸. De même, la loi du 1^{er} juillet 1998 relative à la veille sanitaire confie à l'Administration des tâches multiples orientées vers la prévention et la précaution et dont l'inobservation devrait être sanctionnée par la mise en jeu de sa responsabilité³³⁹.

D'ailleurs, sans même qu'il soit nécessaire de se fonder sur un texte particulier, l'admission du principe de précaution en tant que règle de droit ayant une valeur normative propre, suffit à imposer aux pouvoirs publics l'obligation d'assurer, dans la mesure des moyens dont ils disposent, la sécurité du public et l'information sur les risques auxquels celui-ci est exposé. Le manquement à ces obligations générales pourrait donc caractériser une faute du service public.

Quant à l'**excès de précaution**, il peut évidemment être à l'origine de dommages importants. En effet, le refus ou le retard injustifié d'une autorisation de mise sur le marché, le prononcé abusif d'un retrait ou d'un

333. Une exception a été prévue en ce qui concerne « les éléments du corps humain et les produits issus de celui-ci » (article 1386-12, 1^{er} *alinea* du code civil).

334. Article 1386-12, 2^{ème} *alinea* du code civil.

335 Article 1386-18 du code civil.

336. Voir, sur l'application de cette méthode par le Conseil d'État, C. Guettier, *Droit administratif*, éd. Montchrestien, p. 35 à 38.

337. Voir « Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux », Actes du colloque des 6 et 7 Novembre 1986, publiés à la LGDJ sous la direction de J. Ghestin et, en particulier, le rapport de L. Bihl, la loi du 21 Juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, p. 49 et suivantes.

338. D'ailleurs, cela résulte également des termes de la directive européenne 92/59 du 29 Juin 1992 sur la sécurité des produits. En effet, cette directive impose aux États membres « des obligations » de contrôle et de police (Titre III) dont l'inobservation doit logiquement entraîner la responsabilité des dits États.

339 Voir P. Sargos, article précité, JCP 99, I, 144. Cet auteur évoque par exemple, le non-exercice, par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, du contrôle sur les notices de médicaments.

rappel de produits, etc. sont susceptibles de compromettre l'équilibre financier ou d'atteindre gravement la réputation d'une entreprise. Pourtant, tant que le principe de précaution n'aura pas fait l'objet d'une définition suffisamment précise, le juge restera assez désarmé pour caractériser une telle faute³⁴⁰.

Une question délicate se pose d'ailleurs au sujet de la qualification de cette faute. Peut-il s'agir d'une faute simple ou **doit-on exiger une faute lourde** ? Le parallèle avec le contentieux de la légalité, à propos duquel le Conseil d'État, comme la Cour de justice des communautés européennes, soumettent le prononcé de l'annulation à la constatation d'une « erreur manifeste », semble imposer la preuve d'une faute lourde.

De fait, cette condition, qui d'ailleurs est exigée, en principe, pour justifier la responsabilité de l'Administration dans l'exercice du pouvoir de tutelle³⁴¹, sera presque certainement retenue pour la censure de l'excès de précaution. En revanche, en cas d'insuffisance de précaution, c'est beaucoup moins évident. D'ailleurs, on a déjà souligné que l'exigence de « l'erreur manifeste » n'a pas été appliquée de façon explicite, jusqu'à présent, dans le contentieux de la légalité, à cette dernière hypothèse.

Ajoutons que, dans son arrêt du 9 Avril 1993, le Conseil d'État, qui était saisi de recours en responsabilité dirigés contre l'État par des transfusés qui avaient été contaminés par le virus VIH en 1984 et 1985, a annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel qui avait soumis la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la transfusion sanguine à l'exigence d'une faute lourde. La haute juridiction a explicitement admis qu'une faute simple était suffisante³⁴².

Il nous paraît donc vraisemblable qu'à la différence de l'excès de précaution, qui ne sera très probablement considéré comme susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique qu'en cas de « faute lourde » dans l'organisation ou le fonctionnement du service public, l'insuffisance de précaution sera sanctionnée par une responsabilité plus stricte, une faute ordinaire étant jugée suffisante pour l'engager.

Il importe enfin de souligner que, comme dans le contentieux de la légalité, **le principe de précaution sera au moins aussi fréquemment invoqué pour justifier l'action administrative et, par conséquent pour écarter la responsabilité de la puissance publique, que pour l'attaquer.**

4) Le principe de précaution peut-il justifier certains aménagements de la responsabilité des décideurs par le biais de négociations avec l'Administration ?

Nous avons pu constater que la voie judiciaire est assez peu efficace au moins pour la sanction de l'excès de précaution. Or, celui-ci comporte, nous le savons, des dangers non négligeables car il peut conduire à handicaper lourdement certains secteurs de l'activité économique. Il paraît donc nécessaire d'envisager d'autres moyens de lutter contre cette déviation possible du principe de précaution.

La plus simple consisterait, à notre avis, à autoriser et même à encourager des accords entre l'Administration et les décideurs privés. Ce procédé serait en effet utile et bien venu, au moins dans certaines hypothèses.

Lorsque, par exemple, un entrepreneur privé, sûr de son produit, affirme que celui-ci ne présente aucun risque, mais qu'il se heurte à une opinion scientifique minoritaire hostile, qui a trouvé un large écho dans l'opinion, l'Administration peut difficilement rester sourde à cette rumeur, et, dans l'état actuel des choses, elle est généralement amenée, par précaution, à refuser l'autorisation de mise sur le marché ou à la retarder en imposant des expertises tellement longues et coûteuses qu'elles amènent parfois le producteur à renoncer.

Ne pourrait-on alors songer à emprunter la voie contractuelle pour éviter cette issue ? L'Administration subordonnerait son autorisation de mise sur le marché à un engagement pris par le producteur d'indemniser

340 Cette difficulté est ressentie aussi bien par le juge administratif (voir Conseil d'État, 2 Février 1980, Rigal, rec. Lebon, p. 64, AJDA 1981, p. 43, conclusion Bacquet) que par le juge communautaire (voir TPI, 16 Juillet 1998, Laboratoires pharmaceutiques Bergadem S.A. et J.J. Goupil contre Commission, aff. T 198.96, rec. II 2805).

341. Voir A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, « Traité de droit administratif », Tome 1, n° 1284.

342. RFDA 1993, p. 600 et les conclusions de H. Legal, p. 583 et suivantes. Précisons que deux ans plus tard, lorsqu'il a été saisi de recours contre les centres de transfusion eux-mêmes, le Conseil d'État a admis « qu'eu égard tant à la mission qui leur est confiée par la loi qu'aux risques que présentent la fourniture de produits sanguins »... ces centres... « sont responsables **même en l'absence de faute** des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis » (Conseil d'État 25 Mai 1995, JCP 1995, II, 22468, note J. Moreau), mais il ne s'agissait pas ici d'une responsabilité pour exercice défectueux d'un pouvoir de contrôle. Les centres de transfusion étaient poursuivis comme fournisseurs des produits sanguins. Le Conseil d'État leur a donc appliqué le régime de responsabilité sans faute qui est admis depuis longtemps par la jurisprudence judiciaire en ce qui concerne les fabricants et producteurs de produits défectueux.

automatiquement et sans discussion toute personne qui prouverait avoir subi l'un des dommages imputés au risque dénoncé.

Par cet engagement, le producteur se priverait donc de la possibilité de contester le lien de causalité entre son produit et les dommages invoqués. Il ne pourrait, par conséquent, se permettre de conclure cet accord que dans les cas où il serait lui-même persuadé que le risque n'existe pas. Autrement dit, ce serait un moyen de le responsabiliser tout en évitant les effets pervers de l'excès de précaution.

À vrai dire cependant, l'emploi de cette méthode ne saurait être généralisé. Elle ne peut en effet concerner les cas dans lesquels le risque soupçonné menacerait gravement la santé ou la sécurité humaine. Le seul domaine dans lequel elle pourrait se déployer assez largement serait celui des atteintes à l'environnement. Elle n'en serait pas moins intéressante, par exemple dans le cas d'un produit chimique utilisé en agriculture et auquel on reprocherait de nuire à certaines espèces animales ou végétales et, par conséquent, de léser les intérêts des voisins auxquels appartiennent les animaux ou les cultures soi-disant menacés³⁴³. Dans une telle hypothèse, l'Administration pourrait alors autoriser le produit à condition que le producteur s'engage à indemniser toute personne qui prouverait avoir subi, dans un certain périmètre situé autour des terrains traités par ce produit, l'un des dommages dont la réalisation a été présentée comme possible, que ce soit une détérioration de la production végétale ou une mortalité anormale constatée chez des animaux d'élevage ...

Bien entendu, puisqu'il s'agirait d'un contrat, le consentement des deux parties serait nécessaire, ce qui garantirait que l'une comme l'autre estime que le risque est très faible. En outre, il conviendrait de donner à ces accords un caractère provisoire, soit en les affectant d'un terme, avec éventuellement une possibilité de reconduction après examen de la situation à l'arrivée du terme, soit en prévoyant une possibilité de dénonciation par l'une ou l'autre des parties.

Il existe également des situations d'un tout autre type pour lesquelles une négociation entre le producteur et l'Administration pourrait s'avérer utile. Imaginons que la fabrication et la mise en vente d'un produit très utile à l'intérêt général, par exemple **d'un produit indispensable pour la santé, à défaut d'équivalent**, se trouvent compromises par une rumeur, mal étayée scientifiquement, mais dont l'impact est fort dans l'opinion publique³⁴⁴. Le fabricant réagira vraisemblablement aussitôt par un arrêt de fabrication (surtout si la vente de ce produit n'entre pas pour une part importante dans son chiffre d'affaires), ce qui sera évidemment désastreux pour certains malades ou pour les personnes menacées par cette maladie. L'Administration ne pourrait-elle pas alors - et même ne devrait-elle pas, pour respecter le principe de précaution- conclure avec cet entrepreneur un accord autorisant, ou même imposant à celui-ci de continuer la fabrication contre une prise en charge des incidences financières des actions en responsabilité qui seraient éventuellement exercées ensuite par les victimes si le risque se réalisait ? Il pourrait s'agir, selon les cas, soit d'un véritable contrat, le producteur ayant la possibilité d'opposer un refus, soit même d'une décision contraignante, si la disparition du produit est de nature à compromettre gravement la santé ou la sécurité des citoyens.

Il conviendrait de prévoir dans ce cas également une possibilité de résiliation par volonté unilatérale de l'Administration et d'assortir cette décision d'une indemnisation du producteur, afin de compenser non seulement ses frais d'investissements et l'atteinte éventuelle à son image, mais aussi les pertes d'exploitation sur d'autres produits qu'il aurait pu fabriquer à la place de celui dont il a accepté ou dont on lui a imposé de continuer l'exploitation.

5) Le principe de précaution peut-il provoquer un accroissement des cas de responsabilité de l'Administration pour rupture de l'égalité devant les charges publiques?

5.1) En droit interne, il existe une jurisprudence du Conseil d'État qui pourrait *a priori* être mise à profit par les personnes qui se plaignent de subir des dommages graves du fait de l'application du principe de précaution, sans être en mesure de démontrer une faute d'un agent public, ni un défaut dans l'organisation ou le fonctionnement d'un service public. En effet, la haute juridiction administrative a admis que l'État peut encourir une responsabilité sans faute vis-à-vis des particuliers -individus ou entreprises- qui ont été victimes d'un

343. On songe ici, par exemple, au cas du « Gaucho » auquel on reprocha de provoquer une mortalité excessive des abeilles dans le voisinage immédiat des champs traités par ce produit.

344. L'épisode de la dioxine belge aurait pu en fournir un exemple. Il s'est produit en pleine campagne de fabrication du vaccin contre la grippe qui est préparé par inoculation du virus dans des oeufs. Si les oeufs avaient été produits en Belgique, il est très probable que les deux grands fabricants européens auraient immédiatement arrêté la production du vaccin. Le vaccin est purifié à partir des oeufs et il aurait été vierge de dioxine mais l'atteinte à l'image, les risques de procès, etc... auraient justifié l'arrêt de fabrication -laissant les populations mal protégées contre le virus pour l'année suivante.

« **dommage anormal et spécial** » du fait de l'application d'une loi³⁴⁵ ou d'une décision administrative prise dans l'intérêt général³⁴⁶. Cette jurisprudence repose directement sur le principe de « l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

Jusqu'à présent, la **responsabilité de l'État par le fait des lois** est restée d'application exceptionnelle, le Conseil d'État lui ayant assigné des conditions très strictes. En revanche, **celle qui est encourue à la suite d'un acte administratif** « ayant fait subir au requérant, dans l'intérêt général, un préjudice particulier qui, en raison de sa gravité ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement », paraît admise plus largement³⁴⁷.

À première vue, il semble bien que l'affirmation du principe de précaution soit de nature à justifier la mise en jeu de ce type de responsabilité. En effet, il est fréquent, nous l'avons vu, que des mesures de précaution, même lorsqu'elles sont justifiées, portent des atteintes graves aux intérêts de certaines entreprises. Ajoutons que l'extension de cette responsabilité sans faute pourrait utilement pallier les déficiences du contrôle judiciaire de l'activité administrative lorsqu'il est fondé sur un excès de précaution.

D'ailleurs, telle a vraisemblablement été l'intention des requérants dans les affaires Barbier³⁴⁸, Pro-Nat³⁴⁹ et Germain³⁵⁰ qui ont été analysées plus haut. En effet, dans les trois cas, après avoir contesté le bien-fondé des mesures prises par l'Administration, ils ont évoqué le fait que ces mesures les auraient atteints spécialement au mépris du principe d'égalité.

Toutefois, il faut bien constater que le Conseil d'État a rejeté par trois fois cette prétention en employant la même formule selon laquelle « *la circonstance... que d'autres produits... n'auraient pas fait l'objet eux aussi de mesures restrictives ne saurait faire regarder le décret (l'arrêté) attaqué comme étant intervenu en violation du principe d'égalité* ».

Est-ce là le signe que la haute juridiction serait par principe hostile à l'application de la responsabilité de l'État pour rupture de l'égalité devant les charges publiques s'agissant de mesures inspirées par la « précaution »? Tel paraît effectivement le cas en ce qui concerne les mesures prises dans l'intérêt de la santé publique. Le Conseil d'État l'avait déjà laissé entendre³⁵¹. Il l'a affirmé plus nettement encore le 30 Juillet 1997³⁵².

En revanche, il ne s'est pas prononcé dans d'autres domaines, notamment en matière d'environnement.

5.2) La même question pourrait se poser également en **droit communautaire**

En effet, la Cour de justice des communautés européennes a élaboré, par référence aux « principes généraux communs aux droits des États membres », un système de responsabilité des Communautés permettant l'indemnisation des préjudices causées par celles-ci ou par leurs agents à des particuliers ou à des entreprises³⁵³,

345 A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, « Traité de droit administratif », Tome 1, n° 1318 et suivants ; G. Vedel et P. Delvolve, « Droit administratif », Thémis, 1 p. 630 et suivantes ; J. Kahn, « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois », EDCE 1963 p. 63.

346. A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, « Traité de droit administratif », Tome 1, n° »1303 ; G. Vedel et P. Delvolve, *op. cit.*, p. 597 et suivantes ; C. Guettier, « La responsabilité administrative », p. 118 et 119.

347. Voir les arrêts rapportés par les auteurs cités à la note précédente.

348. CE, 21 Avril 1997.

349. CE 22 Février 1999.

350. Conseil d'État, 30 Juin 1999.

351. Voir A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, *op. cit.*, n° 1323.

352. CE, 30 Juillet 1997, Boudin, Dalloz (1999), som. com., p. 59, obs. P. Bon et D. de Bechillon : « *Considérant qu'il appartient au ministre chargé de la santé, même en l'absence de texte l'y autorisant expressément, de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre les produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé ; que de telles mesures, eu égard à l'objectif de protection de la santé publique qu'elles poursuivent, ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que si elles sont constitutives d'une faute ; que ce motif, qui ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substituée au motif erroné que la Cour a retenu pour écarter le moyen tiré de la responsabilité de l'État sur le fondement d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques et pour rejeter, à bon droit, la demande de Monsieur Boudin, tendant à obtenir réparation du préjudice qu'il aurait subi* ».

353. Voir J. Rideau, « Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes », 2^{ème} édition, LGDJ, p. 688 et suivantes.

et cette jurisprudence présente de nombreux points communs avec celle qui émane des juridictions administratives françaises.

Pourtant, en ce qui concerne la responsabilité des Communautés du fait de leur activité normative, la position de la Cour de justice des Communautés européennes est restée jusqu'à présent nettement plus restrictive que celle du Conseil d'État français. En effet, elle a posé en principe, dans un arrêt du 2 Décembre 1971, que, « s'agissant d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique, la responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des particuliers auraient subi par le fait de cet acte ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article 215 alinéa 2 du traité, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit supérieure protégeant les particuliers »³⁵⁴. Cette position, qui est partagée par le Tribunal de Première Instance (TPI)³⁵⁵ paraît donc subordonner la responsabilité de la Communauté, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, à la preuve d'une faute et même exiger que cette faute soit assez grave³⁵⁶.

Dans ces conditions, il semble que, pour l'instant, une entreprise ayant subi un dommage anormal et spécial du fait d'une décision communautaire aurait peu de chance d'obtenir réparation en fondant son recours sur la simple constatation d'une rupture de l'égalité devant les charges de la politique communautaire.

Néanmoins, ces chances ne seraient pas nulles, car « la Cour n'a pas exclu totalement l'existence d'une responsabilité sans faute » dans l'exercice par les Communautés de leur pouvoir normatif³⁵⁷. Elle y a fait allusion dans plusieurs décisions, même si elle ne l'a pas encore appliquée explicitement³⁵⁸.

Or, il est intéressant de souligner que la question pourrait être prochainement posée à nouveau aux juridictions communautaires dans un contexte qui serait favorable à une évolution de leur jurisprudence, à propos précisément d'une application du principe de précaution. On a vu en effet que, dans l'affaire dite « de la viande aux hormones », les Communautés européennes ont défendu, devant les organes de règlement des différends de l'OMC, la décision d'embargo qu'elles avaient prise, en s'appuyant sur le principe de précaution, contre les exportations américaines de viande provenant d'animaux nourris aux hormones, et que, à la suite du rapport défavorable à l'Europe présenté par l'Organe d'appel, les États-Unis ont pris des mesures de rétorsion qui atteignent durement un certain nombre d'entreprises européennes (producteurs de roquefort, de foie gras et autres). Or, les victimes de ces mesures ont d'ores et déjà fait savoir qu'elles envisagent de demander aux Communautés de les indemniser des dommages qu'elles vont subir de ce fait.

Si ces demandes sont effectivement portées devant la Cour de justice des communautés européennes, il semble que ce pourrait être pour celle-ci l'occasion d'admettre la responsabilité sans faute des Communautés

354. CJCE, 2 Décembre 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schoeppenstedt contre Conseil, aff. 5/71, Rec. p. 975. Cette formule a été reprise dans nombre d'arrêts postérieurs cités par J. Rideau, *op. cit.*, p. 698 à 700, notamment CJCE, 5 Mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA.

355. TPI 15 Décembre 1994, Unifruit Hellas EPE, aff. T489/93, Rec. p.II-1201 ; 14 Septembre 1995, Lefèbvre Frères et Fruits contre Commission, aff. T571/93 ; 18 Septembre 1995, Detlef Nolle contre Conseil, aff. T167/94 ; 18 Septembre 1995, Blackspur Diy Ltd. contre Conseil, aff. T168/94 ; TPI 15 Avril 1997, Schroder EA/Commission T.390/94, Rec. 1997 3/4, II 504 ; TPI 9 Décembre 1997, Quiller et Hesmann/Conseil et Commission, aff. jointe T.135/94 et T.202/94 in Rec. 1997, 11/12 II 2251 (dans cette affaire le TPI a constaté qu'il y avait violation d'une règle supérieure, celle de la « confiance légitime », et que les conditions de la responsabilité de la communauté, pour son activité normative, étaient donc réunies.

356. Voir CJCE, 25 Mai 1978, Bayerische HNL Vermehrungs Betriebe contre Conseil et Commission, aff. Jtes 83/76 et 94/76, Rec. 1209. Cet arrêt a admis que dans les domaines relevant de la politique de la communauté en matière économique, on peut exiger qu'un particulier supporte, dans des limites raisonnables, sans pouvoir se faire indemniser sur les fonds publics, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques engendrés par un acte normatif même reconnu non valide. Voir également CJCE, 11 Février 1999, Antileon Rice Mills E.A./Commission, affaire 390/95, Rec. 1999, 2 I-799 : Dans un cas où le principe de proportionnalité avait été méconnu, la CJCE a admis que l'erreur commise, l'ayant été de bonne foi, la communauté ne devait pas être tenue pour responsable.

357. Voir J. Rideau, *op. cit.* p. 700.

358 Voir CJCE, 31 Mars 1977, Compagnie industrielle du comté de LOHEAC Sainte-Rose et autres contre la Commission, aff. jtes 54/76 à 60/76, Rec.p. 645. Voir également CJCE, 13 Juin 1972, Compagnie d'approvisionnement et grands moulins de Paris contre Commission, aff. jtes. 9/71 et 11/71, Rec. p. 391 ; CJCE, 24 Juin 1986, Société Développement et Clemessy contre Commission, aff. 267/82, Rec., p. 1907. Voir encore TPI, 29 Janvier 1998, Dubois et Fils/Conseil et Commission, T-113/96, Rec. 1998, 1/2, II, 129 qui affirme qu'il n'existe pas de responsabilité sans faute de la communauté lorsque le dommage trouve sa source dans « l'Acte Unique », acte de droit primaire (ce qui implique qu'il pourrait exister une responsabilité sans faute dans d'autres cas) ; TPI, 28 Avril 1998, Dorsch Consul. Ingeneer Gesellschaft mbH/Conseil et Commission, T.184/95, rec. 1998, 3/4, II-667 (après avoir constaté l'absence de faute de la communauté, le TPI recherche s'il existe un préjudice spécial et anormal. N'ayant pas constaté celui-ci, il rejette le recours).

pour rupture de l'égalité devant les charges de la politique communautaire de « précaution ». En effet, les entreprises victimes des mesures de rétorsion subissent de toute évidence un « dommage anormal et spécial ». En outre, elles ne sont absolument pour rien dans l'apparition du risque qui a suscité la décision d'embargo. Leur indemnisation serait donc, à notre avis, tout à fait juste.

En définitive, bien que le principe de précaution n'ait pour ainsi dire jamais, jusqu'à présent, été invoqué directement et explicitement à l'occasion des actions en responsabilité dirigées contre des décideurs, il semble qu'il pourrait dans l'avenir exercer une influence non négligeable dans ce domaine.

Le même diagnostic peut-il être porté en ce qui concerne les responsabilités de ceux qui orientent les décisions ?

2. Les responsabilités de ceux qui influencent les décideurs

Les décisions politiques concernant la santé, la sécurité et l'environnement sont aujourd'hui très souvent influencées par les représentants de la société civile, en particulier les associations qui se font, dans leur domaine de compétence, les porte-parole des citoyens. Cette influence est relayée par les médias qui jouent eux-mêmes un rôle essentiel dans la formation de l'opinion publique. Quant aux scientifiques, leur audience est assurée non seulement par leurs publications mais aussi par les conseils qu'ils sont amenés à donner aux pouvoirs publics ainsi que par les rapports d'expertise qu'il rédigent lorsqu'ils sont consultés sur des questions spécifiques.

Or, l'importance de ces fonctions, qui est de toute façon considérable, se trouve encore accrue dans un contexte social où toutes les opinions, aussi minoritaires soient-elles, sont désormais considérées comme dignes d'attention.

Cette évolution est-elle susceptible d'aggraver les responsabilités juridiques de ceux qui conseillent ou informent les décideurs ?

a) En ce qui concerne **les associations**, cela ne paraît guère probable. Certes, leur rôle grandissant dans tous les secteurs apparaît-il comme un véritable phénomène de société, le mouvement associatif étant en train d'acquiescer dans la vie sociale une place comparable à celle qu'a conquise, dans la vie professionnelle, le mouvement syndical, et il n'est pas douteux que cette évolution soit de nature à transformer assez profondément le fonctionnement de la démocratie. Cependant, il ne semble pas qu'elle appelle une modification des règles de la responsabilité. En effet, la liberté d'expression des associations, qui correspond à une aspiration profonde des citoyens, doit être pleinement respectée, avec son corollaire nécessaire qui est « le droit de critique ». Celui-ci comporte d'ailleurs des limites : sur le plan pénal, il s'agit des **incriminations de « diffamation » et d'« injures »** et, au civil, c'est la mise en jeu de la théorie de « **l'abus du droit** » qui est assez fréquemment appliquée au droit de critique³⁵⁹. Ces garde-fous paraissent suffisants.

b) Le sont-ils pour **les journalistes** auxquels sont également appliqués ces deux types de sanctions ?

La question est délicate, car le principe de la « liberté de la presse » est, personne ne le conteste, une conquête sociale majeure et la condition essentielle de toute démocratie. Toutefois, il ne nous paraît pas *a priori* scandaleux d'estimer que l'aménagement de ce principe par la loi du 29 juillet 1881 mériterait certaines retouches en raison de l'ancienneté du texte et de l'ampleur des changements qui ont affecté la vie sociale depuis qu'il a été promulgué. Par exemple, on peut penser que la place donnée aujourd'hui aux informations scientifiques dans les journaux d'opinion devrait imposer à ceux-ci, dans ce domaine, certains devoirs particuliers³⁶⁰ qu'il conviendrait d'explicitier.

Pour l'instant, la jurisprudence est orientée vers un allègement de la responsabilité civile des journalistes. Alors qu'elle avait admis, jusqu'au début des années 1990, une application très large des principes de la responsabilité civile à ces professionnels, la Cour de cassation a réagi contre cette tendance en imposant, lorsqu'une action de nature civile est exercée pour des faits qui pourraient être incriminés pénalement (diffamation, injures,...), le respect des règles de procédure et de fond qu'exige la loi de 1881 pour les poursuites pénales. Or ces règles sont très protectrices des journalistes. Elles prévoient des délais de prescription très courts et exigent du plaignant le respect de formalités extrêmement lourdes³⁶¹.

359 Voir civ.II, 12 Février 1986, D.86, p. 156 ; civ.II, 8 Novembre 1989, Bull. civ.II n° 204 ; civ.II, 14 Juin 1989, Resp. civ. et ass., Avril 1989, comm. n° 151 ; civ.I, 15 Juin 1994, Bull. civ. I, n° 218.

360 Voir sur ce point, Ph. Kourilsky, « La science en partage », éd. Odile Jacob, 1998, p. 171 et suivantes notamment p. 184 et suivantes.

361. E. Durieux, « La responsabilité des médias », JCP (1999) I, 153, 2^{ème} partie.

En revanche, la possibilité d'appliquer aux journalistes le régime ordinaire de la responsabilité délictuelle est maintenue pour les faits qui ne sont pas incriminés pénalement³⁶².

L'application de ces solutions conduit-elle à des résultats satisfaisants? On est bien obligé de constater qu'elle n'évite ni des insuffisances de l'information ni les dramatisations excessives, mais il ne faut sans doute pas exagérer l'influence du droit dans ce domaine. La qualité de l'information dépend en effet d'abord et avant tout de celle des journalistes. Quant aux sanctions pénales ou civiles, elles ne peuvent atteindre que certains abus caractérisés. Encore faut-il qu'elles soient appliquées, ce qui est loin d'être toujours le cas, les victimes de certaines attaques hésitant souvent à se défendre de peur de prolonger une médiatisation qui leur est, en toute hypothèse, nuisible. En outre, ces sanctions apparaissent souvent très mal adaptées³⁶³.

Faut-il alors se résigner à admettre que « le journalisme est nécessairement irresponsable »³⁶⁴? Cette assertion nous paraît inacceptable étant donné l'influence des médias sur l'opinion publique et, par voie de conséquence, sur les décisions des politiques et des industriels. Pourtant telle est bien la conclusion que suggère la lecture d'un rapport récent³⁶⁵ où la responsabilité des journalistes est présentée comme une « question centrale », sans que la question des recours judiciaires ni celle de la création d'une éventuelle responsabilité disciplinaire des journalistes soient à aucun moment évoquées. Le rapport recommande des actions de formation, suggère d'encourager les entreprises de presse à désigner des « médiateurs » chargés de répondre aux questions de leurs lecteurs et propose la mise en place d'un « observatoire » chargé « d'assurer un suivi fin des questions rencontrées dans les rédactions » et de jouer « un rôle d'animation et d'impulsion des recherches sur l'information et les médias ». Ces mesures méritent d'être soutenues, mais aucune n'est de nature à renforcer la responsabilité juridique des journalistes. Les diverses chartes et codes reproduits en annexes de ce rapport, n'ont aucune portée juridique réelle puisqu'il s'agit de simples déclarations d'intention dont la méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction.

Pour promouvoir une véritable déontologie de la presse, il faudrait envisager l'élaboration, par les représentants de la profession, d'un véritable **code de déontologie dont le respect serait assuré par un organisme, lui-même composé de représentants des professions de la presse et de la société civile**, analogue au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), mais dont la compétence serait élargie à tous les médias³⁶⁶. Cet organisme pourrait prononcer des sanctions de nature professionnelle au terme d'une procédure qui donnerait aux journalistes mis en cause des garanties analogues à celles de la procédure judiciaire.

c) Quant aux **scientifiques**, ils ont évidemment un rôle essentiel car c'est à partir des connaissances qu'ils présentent que sont prises les décisions des industriels et des autorités de contrôle.

Cette fonction est exercée par l'ensemble de la communauté scientifique. Les principaux organismes publics de recherche (tels le CNRS, l'INSERM, l'INRA,...) sont particulièrement écoutés et leur position éminente crée une attente sociale d'information de leur part. Il en va de même pour les académies. On rappellera, à cet égard, que, dans la deuxième affaire du sang contaminé, le Procureur général Burgelin a tenu compte, pour apprécier la connaissance du risque de contamination par les ministres mis en cause, du silence des institutions scientifiques compétentes qui n'avaient pas averti spécialement les pouvoirs publics de ce risque. Enfin, dans le cadre de l'expertise, les avis des scientifiques sont souvent déterminants.

Est-ce à dire que ce rôle puisse conduire à la mise en jeu des responsabilités juridiques, pénale³⁶⁷ ou civile³⁶⁸, des scientifiques, par exemple en cas de négligence, d'imprudence ou d'incompétence caractérisée? On

362. Voir « Liberté de la presse et droits de la personne », thèmes et commentaires, sous la direction de J.-Y. Dupeux et A. Lacabarats (1997) en particulier le rapport de C. Bigot ; G. Viney, « Chroniques de responsabilité civile », JCP (1998), I, 185, n° 8 à 12 et (1999) I, 147, n° 1 à 3 ; E. Durieux, « La responsabilité des médias », JCP (1999) I, 153.

363. Voir E. Durieux, art. précité, n° 35 à 43.

364. E. Plenel, in « Incertitudes du monde moderne : De quoi sommes-nous responsables? », p. 311.

365. Rapport remis le 8 Juillet 1999 par M. Jean-Louis Charon à Madame le Ministre de la Culture et de la Communication sur la déontologie de l'information.

366. Parmi les règles qui devraient figurer au code de déontologie, pourraient figurer certains principes applicables en matière de vulgarisation scientifique, notamment l'obligation pour tout journaliste qui donne une information de cette nature de citer très précisément ses sources. C'est là en effet la condition essentielle, non seulement pour que le lecteur ou l'auditeur soit en mesure de se former une opinion sur le sérieux de l'information donnée, mais aussi pour permettre une véritable contradiction.

367. Par exemple pour homicide ou blessures involontaires ou pour mise en danger d'autrui.

368. Cette responsabilité pourrait être mise en jeu par les victimes - particuliers ou entreprises - d'une décision que le

ne peut, en principe, l'exclure et il a été soutenu que l'admission du principe de précaution serait de nature à amplifier ces responsabilités éventuelles en donnant une importance accrue aux opinions dissidentes³⁶⁹.

Toutefois, si on s'en tient à la réalité du contentieux, on s'aperçoit qu'il est resté jusqu'à présent « infinitésimal »³⁷⁰, sinon même totalement inexistant³⁷¹, ce qui s'explique, dans l'état actuel des choses, par différentes raisons.

D'abord, dans la plupart des cas, ni les particuliers, ni les entreprises qui s'estiment lésés par la décision critiquée ne sont en mesure d'identifier l'avis scientifique qui a été à l'origine de celle-ci, encore moins la personne de l'expert qui a donné cet avis.

En outre, la responsabilité pénale comme la responsabilité civile n'apparaissent guère adaptées à la situation³⁷², la première parce qu'elle est trop brutale et excessive, la seconde parce que les scientifiques, en particulier les experts, qui ne sont, pour l'instant, que très peu rémunérés pour cette tâche³⁷³ et qui par conséquent ne sont pas assurés pour elle, seraient presque toujours dans l'incapacité de faire face à l'indemnisation des éventuelles victimes. Par ailleurs, l'expert non judiciaire est souvent un fonctionnaire et il n'encourt alors de responsabilité personnelle que s'il a commis une « faute personnelle détachable du service », ce que les juridictions administratives n'admettent presque jamais.

À vrai dire, certaines de ces raisons de l'inefficacité des recours pourraient disparaître si le statut de l'expert était modifié dans le sens souhaité par ce rapport. Ainsi, la contractualisation et la rémunération de l'expertise³⁷⁴, en rendant l'assurance possible, permettraient aux victimes d'espérer une véritable indemnisation par le jeu de l'action en responsabilité civile. La publication des rapports d'expertise³⁷⁵ favoriserait la preuve de la causalité entre l'avis scientifique et la décision prise.

Enfin, si le statut de l'expert était modifié de manière à lui donner une indépendance et à le garantir contre toutes les pressions dont il peut faire l'objet, cela entraînerait logiquement plus de rigueur dans l'affirmation de son devoir d'objectivité³⁷⁶ et, par conséquent, de la responsabilité qu'il encourt pour manquement à celui-ci.

Ces réformes seraient donc de nature à rendre plus efficaces les responsabilités juridiques de l'expert.

En revanche, elles ne concerneraient pas les **activités de recherche pure**. On pourrait alors songer, afin d'attirer l'attention des scientifiques sur les conséquences, parfois très graves, de certaines de leurs « prises de parole » ou, au contraire de leurs silences, à élaborer **un autre type de responsabilité, de nature disciplinaire**, qui serait mise en jeu devant un organisme dont la composition serait comparable à celle des comités d'éthique³⁷⁷. Cette responsabilité, qui ne pourrait être engagée que pour certaines fautes graves, entraînerait des sanctions de nature morale (blâmes...) ou professionnelle (retard de carrière, décharge de certaines fonctions...).

scientifique aurait conseillé ou contre les dangers de laquelle il n'aurait pas mis en garde soit la personne qui l'a consulté, soit les pouvoirs publics.

369 Voir en ce sens O. Godard *in* « le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines », pp. 70 à 74 ; M.-A. Hermitte, *Le rôle du droit dans les phénomènes de crise. L'expérience de la transfusion sanguine*, 6^{ème} séance du séminaire « Risque collectifs et situations de crises » animée par C. Gilbert, 1996.

370 Voir G. Martin, « Expertise et responsabilité juridique » in « Prévention des risques ; De quoi les experts sont-ils responsables ? », éd. de l'Arche, Mars 1998, p. 755 et suivantes.

371 M.-A. Hermitte, *L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, revue *Justices* 1997, p. 79 et suivantes, spécialement p. 97 et suivantes.

372 Voir G. Martin, « La parole responsable : parole scientifique et responsabilité », in: *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, « Mélanges en l'honneur » de G. Farjat, p. 415 et suivantes, spécialement pp. 422 à 424.

373 Voir à ce sujet, *supra* III, D-2. Il ne s'agit pas ici des experts judiciaires dont la responsabilité civile pourrait être engagée *a priori* plus facilement.

374. Voir *supra* III-A.2 et D.2.

375. Voir *supra* III-A.2d et D-2.

376. Voir annexe 2.

377 Voir en ce sens G. Martin, article précité, pp. 424 et 425.

Troisième partie

Conclusion et recommandations

Conclusion

Quel jugement porter, en définitive, sur le principe de précaution ? Est-il dangereux ou, au contraire utile ?

Malgré l'engouement dont il est actuellement l'objet, ce principe continue à susciter de fortes réticences. Certains y voient en effet l'instrument d'une dérive dangereuse vers le modèle d'une société frileuse et hostile, par peur du risque, à l'innovation. De fait, s'il était conçu comme une règle d'abstention systématique devant le moindre soupçon de risque, il ne pourrait que conduire à la passivité et au déclin, mais cette conception irréaliste et dangereuse est à l'opposé de celle qui est développée dans ce rapport. Celui-ci propose en effet d'y voir une règle de vigilance active et, afin d'éviter toute ambiguïté sur ce point, il insiste sur la nécessité d'une définition et de procédures mettant clairement les acteurs sociaux en face de leurs responsabilités.

Cette vision suffit-elle, pour autant, à conférer au principe de précaution une réelle utilité ? Si on peut avoir des doutes à cet égard, c'est que la vigilance n'est, à tout prendre, que l'une des conséquences du principe de prudence qui est lui-même très ancien, de telle sorte que **la formulation actuelle du principe de précaution n'a, à vrai dire, rien d'une innovation fondamentale. Elle met seulement l'accent sur un aspect longtemps méconnu de la prudence**, à savoir l'obligation, pour les décideurs, en particulier les décideurs publics, de prendre en considération les risques qui ne sont pas totalement avérés. Il faut d'ailleurs rester lucide sur les limites du principe de précaution et ne pas sous-estimer les difficultés de sa mise en œuvre. La plupart des situations comportent des marges de risque incompressibles. En outre, même exercée au mieux, la précaution laisse le plus souvent persister un risque résiduel et c'est par rapport à des bénéfices espérés que ce dernier sera ou non jugé acceptable.

Il n'en reste pas moins que, **sur le plan pratique**, ce nouvel éclairage amène à **renforcer la prévention en inspirant des dispositifs destinés à éviter les crises sanitaires et environnementales** par une surveillance et un traitement systématique des risques avant même qu'ils ne soient scientifiquement démontrés ou que leurs conséquences ne soient connues. Le principe de précaution conduit donc à mettre en place, aussi bien dans l'entreprise que dans l'Administration -et ceci tant au plan national qu'eupéen ou international- des procédures d'expertise, de décision et de gestion permettant de cerner au mieux les dangers, de les maîtriser et, autant que possible, d'en éviter la réalisation. Il incite également à développer l'information du public sur les risques et à favoriser l'association des citoyens à leur gestion.

Ainsi conçu, le principe de précaution apparaît donc comme le moteur d'une politique orientée vers une meilleure sécurité, c'est-à-dire, *a priori*, comme un facteur de progrès.

Sur le terrain judiciaire, l'apport du principe de précaution est, pour l'instant, moins évident. En effet, sous le couvert de la notion de prudence, le juge a déjà intégré, depuis longtemps, et bien avant qu'il ne soit question de la « précaution », au sens où nous l'entendons aujourd'hui, l'exigence d'une vigilance précoce dans la détection des risques. Il est même allé plus loin, au moins dans le domaine des responsabilités civiles et administratives, en acceptant souvent d'indemniser les dommages qui sont la conséquence normale d'une activité dangereuse sans exiger la preuve d'un manquement au devoir de prudence. C'est, très vraisemblablement, l'une des raisons pour lesquelles les tribunaux n'ont guère utilisé, jusqu'à présent, le principe de précaution pour fonder leurs décisions relatives aux responsabilités.

Certains s'inquiètent de l'éventualité que le principe de précaution constitue une bombe à retardement judiciaire qui conduise, des années après les faits, à des mises en cause injustifiées des décideurs. Ceux-ci se verraient accusés d'inaction alors que le risque n'était que théorique, ou encore traînés devant les tribunaux pour des dommages qui étaient incompressibles, ou enfin tenus pour responsables de risques résiduels, acceptés à l'époque en raison des bénéfices espérés. Ces appréhensions nous paraissent excessives. Certes, l'apparition de devoirs nouveaux à la charge des acteurs sociaux se traduira très vraisemblablement, tôt ou tard, au plan

contentieux. Le manquement à ces devoirs sera sanctionné, soit à l'occasion de recours en annulation dirigés contre des actes administratifs, soit au cours de procès en responsabilité exercés contre des décideurs. Cet effet indirect du principe de précaution est inévitable, mais il sera soumis au contrôle du juge. Ce dernier devra alors avoir conscience des dangers d'une interprétation trop rigoureuse et de la nécessité de disposer d'une double expertise : une expertise judiciaire qui l'assiste, si nécessaire, au moment du litige ; et l'expertise documentée et datée qui a fondé la prise de décision. **L'expertise nous apparaît donc comme la clé de voûte** qui donne toute sa solidité à la prise de décision et qui permettra de trancher, de façon équitable, les litiges que celle-ci peut, à plus ou moins longue échéance, provoquer. Ainsi, les deux parties majeures de ce rapport convergent-elles non seulement sur les règles opérationnelles qui doivent sous-tendre le comportement des décideurs, mais aussi sur le positionnement du droit et de la justice qui, suivant leurs démarches propres, sont mis en position d'intégrer plus avant l'expertise scientifique, technique, économique et sociale.

De façon générale, nous pensons qu'il **n'y a pas lieu de contester le principe de précaution qui répond à une demande sociale évidente, mais qu'il est indispensable de l'organiser** afin d'en limiter les excès et les abus éventuels. C'est pourquoi nous proposons d'en donner une définition qui ne s'applique pas seulement, comme celle de la loi Barnier, à l'environnement et recommandons que celle-ci, ou une autre qui s'en approche, soit incorporée dans les textes.

Autrement dit, le principe de précaution est entre les mains du législateur, de l'autorité réglementaire et du juge qui peuvent, à notre avis, en faire la meilleure ou la pire des choses : la meilleure, s'ils parviennent à mettre en place des mesures améliorant réellement la sécurité des citoyens, tout en évitant l'écueil d'une démission générale devant toute prise de risque ; la pire s'ils le transforment en un carcan excluant toute souplesse et décourageant les initiatives nécessaires à l'innovation et au progrès.

Recommandations

Préambule

Les propositions majeures de ce rapport sont rassemblées ci-dessous sous forme de recommandations. Diverses suggestions figurent dans le texte. Nous insistons sur le fait que la prise en compte de ces recommandations ne devrait pas se traduire par la simple addition de strates supplémentaires aux systèmes existants mais bien par des refontes qui, loin de les alourdir, devraient en accroître l'efficacité et la fiabilité.

1. Définitions

A) Comme **définition générale** du principe de précaution, à incorporer dans les textes, nous proposons l'énoncé suivant :

« Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement. Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre États. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé ».

B) Comme *vade-mecum* pouvant servir de **guide opérationnel** non contraignant aux acteurs sociaux, on pourra utiliser une liste de dix questions, adaptée des dix commandements de la précaution.

- *Le risque a-t-il été défini, analysé, évalué et gradué ?*
- *Les conséquences des différentes options ont-elles été comparées ?*
- *Une analyse économique a-t-elle été effectuée en préparation à la décision ?*

- La structure d'évaluation des risques est-elle indépendante ?
- La décision envisagée est-elle révisable et la solution réversible et proportionnée ?
- A-t-on prévu un programme de recherche qui vise à sortir de l'incertitude ?
- Les circuits de décision et les dispositifs sécuritaires mis en place sont-ils appropriés ?
- Sont-ils fiables et assujettis à une approche d'assurance qualité ?
- La transparence est-elle assurée, notamment grâce à la traçabilité et à l'étiquetage ?
- Le public est-il bien informé et/ou associé ?

2. Sur l'expertise nationale

A) En général

a) Dans la plupart des secteurs, l'expertise est, en France, largement sous-dimensionnée. L'expertise doit être plurielle, contradictoire et, dans tous les domaines sensibles, constamment tenue à jour. Il appartient aux pouvoirs publics de promouvoir une réforme en profondeur appuyée sur une étude (à faire) pour identifier et chiffrer les besoins (qui pourraient nécessiter plusieurs centaines d'agents).

b) L'expertise nationale des risques au plan national sera systématiquement organisée en deux cercles :

- L'expertise du premier cercle est strictement scientifique et technique.
- L'expertise du deuxième cercle est économique et sociale. Elle reprend les conclusions du premier cercle et engage, à l'occasion d'une analyse économique, un débat avec les divers acteurs sociaux.

B) L'Agence d'Expertise Scientifique et Technique (AEST)

Cette nouvelle agence disposera d'un budget propre mais ses personnels seront, pour l'essentiel, redéployés à partir des organismes de recherche et des universités.

L'AEST aura pour mission de :

- produire une expertise scientifique et technique indispensable à la demande des ministres, des agences sanitaires, etc... ou par autosaisine ;
- rendre publics ses avis ;
- mettre de l'information précise à la disposition de journalistes, et répondre à leurs questions grâce à un guichet d'information accessible à ces derniers ; elle sera donc l'un des interlocuteurs privilégiés de l'agence de presse scientifique qui doit être créée (cf. 7).
- mettre des informations générales à la disposition du public (site Internet) ;
- fournir, sur les questions de précaution et de prévention, lorsque cela est possible, des conseils pratiques aux citoyens (qui pourront être relayés par les associations de consommateurs) ;
- mettre à disposition des experts pour l'expertise du 2ème cercle (cf. 5) ;
- mettre à disposition, à la demande, des experts pour l'expertise judiciaire.

Un décret précisera la liberté d'accès, pour les agents de l'AEST, aux documents administratifs.

La création de l'AEST sera accompagnée de la fermeture des comités redondants.

C) Les organismes publics de recherche et les universités

Les organismes publics de recherche et les universités autoriseront, dans des conditions à préciser, leurs personnels à œuvrer pour le compte de l'AEST, soit à temps partiel pendant plusieurs années, soit à temps complet pendant un ou deux ans. Des formations complémentaires devront préparer aux métiers de l'expertise. Les systèmes d'évaluation seront aménagés pour tenir compte de l'activité d'expertise. Des filières de valorisation larges pourraient inclure l'expertise et d'autres activités (brevets, etc....).

L'institution scientifique devra faire de l'expertise un domaine reconnu, doté des enseignements, voire des diplômes adéquats, d'un système de publications (auquel pourraient contribuer les Comptes Rendus de l'Académie des Sciences) et de mécanismes de reconnaissance.

D) L'expertise du premier cercle

a) L'AEST sera, selon les cas, prestataire de services pour le compte des autres agences ou, après concertation avec celles-ci, maître d'œuvre pour l'expertise du premier cercle. Elle agira également à la demande d'autres autorités publiques et aura droit d'autosaisine. L'AEST a la responsabilité de rendre ses avis publics et de les diffuser.

b) Sans être les moteurs ni les organisateurs de l'expertise du premier cercle, les Académies et, notamment l'Académie des sciences, annexeront des avis indépendants ou critiques aux produits d'expertise de l'AEST. Elles contribueront ainsi à donner un caractère contradictoire à l'expertise et seront des garants de sa qualité.

E) L'expertise du deuxième cercle

a) Les agences de sécurité sanitaire intervenant dans la santé, l'alimentation et l'environnement seront les maîtres d'œuvre de l'expertise du deuxième cercle. Il leur incombera de réunir des représentants de la société civile en les choisissant de façon équilibrée, ainsi que des experts fournis par l'AEST. Les Agences devront rendre publics les produits de l'analyse économique et sociale du deuxième cercle.

b) Les agences auront droit d'autosaisine. Elles devront aussi mettre en œuvre des opérations d'expertise à la demande du Parlement, chaque fois qu'il faudra chiffrer le coût et l'impact prospectif de mesures législatives ou réglementaires (*cf.* section 4).

c) Des analyses du deuxième cercle menées sous l'égide des Agences. Sans être le moteur ni l'organisateur, le Conseil économique et social (CES) produira des avis complémentaires ou critiques qui leurs seront annexées.

F) L'expertise au service de la justice

a) Datée, référencée et publiée, l'expertise scientifique et technique, pourra fournir des repères historiques à la justice.

b) Des représentants des institutions judiciaires et scientifiques se rencontreront pour définir les besoins non satisfaits en matière d'expertise au service de la justice et pour proposer des solutions, tant au niveau des viviers d'experts existants que des filières de formation.

c) Les règles de l'expertise judiciaire devraient être mieux définies (recrutement des experts habilités auprès des tribunaux, formes et délais de présentation des rapports, responsabilité des experts). Une étude s'impose sur ce point qui pourrait déboucher sur une réforme des articles 232 et suivants et 263 et suivants du code de procédure civile.

G) Conditions d'exercice de l'expertise

a) L'expertise sera systématiquement **contractualisée**. Le contrat explicitera le mandat de l'expert et précisera ses devoirs et ses droits. Il fera, en particulier, état de son devoir d'indépendance. Les conditions pratiques de rémunération et de remboursement des frais de mission (qui devront être impérativement facilitées) seront indiquées. Les droits d'accès aux documents administratifs et autres seront énoncés.

b) Obligation sera faite à l'expert de faire une déclaration, mise à jour annuellement, de ses domaines de compétences, de ses affiliations professionnelles, et de ses prises d'intérêt touchant au domaine expertisé. Ces informations figureront dans un registre tenu par l'AEST et consultable dans des conditions à préciser.

c) Les expertises individuelles et collectives seront conduites en suivant une démarche d'assurance-qualité (bonne pratique d'expertise).

d) Une réflexion sera engagée sur les problèmes éthiques soulevés par certains aspects de l'expertise et, notamment, sur les prises de parole émanant d'individus se prétendant experts, qui fournissent aux journalistes et au public des informations tronquées ou inexactes.

3. Sur la recherche et l'enseignement

A) L'obligation de recherche associée aux mesures de précaution implique la mise en place d'actions de recherches pertinentes.

a) Les moyens appropriés doivent pouvoir être dégagés rapidement en cas de crise. Un **fonds d'intervention** pourrait être constitué à cet effet.

b) Les modalités de cette recherche devraient être définies par un certain nombre de critères qui en font la spécificité (notamment : comparative, internationale si nécessaire, produite dans un format qui rende les résultats interprétables vis-à-vis de travaux menés par d'autres groupes, avec modalités de publication particulières pour les résultats suggestifs mais incertains, ou négatifs). Ces critères devraient être explicités dans une charte qui, par les canaux académiques et institutionnels, devrait faire l'objet de discussions internationales.

B) Une réflexion nationale devrait cerner **les champs de recherche** qu'il convient de développer pour mieux prendre en compte les questions de prévention et de précaution et la légitime attente du public. Sans préjuger du résultat de cette analyse, plusieurs domaines sont, à l'évidence, concernés, notamment, **l'épidémiologie, la toxicologie, l'impact des substances chimiques sur l'environnement, la santé des écosystèmes**. On peut aussi penser aux recherches qui portent sur la fiabilité des systèmes complexes (*e.g.* aviation civile), ou sur les risques et sur la perception des risques.

C) Le renforcement de champs de recherche spécifiques sera accompagné de mesures touchant à **l'enseignement universitaire** des disciplines concernées.

D) Un effort particulier sera fait en faveur de **l'enseignement de la Santé Publique** (qui doit impérativement être pratiqué dans des écoles spécialisées et pas seulement dans les facultés de Médecine) et de toutes mesures permettant de développer en France une véritable culture de Santé Publique.

E) On analysera les moyens de développer, en France, une meilleure culture du risque, appuyée notamment sur des actions de prévention particulièrement dans l'enseignement primaire et secondaire.

4. Sur la décision politique et administrative

A) Tout projet de loi ou de décret touchant à la précaution ou à la prévention sera accompagné d'une **analyse économique**, qui pourra prendre la forme d'une étude coûts/bénéfices élargie.

B) Le gouvernement présentera au Parlement un **rapport annuel** sur l'état des questions touchant à la précaution et à la prévention (évolution des dispositifs, résultats, coûts, perspectives). La présentation au Parlement sera suivie d'un débat.

5. Les dispositifs sécuritaires

A) Le dispositif des agences sera renforcé (comme prévu ou proposé) par la création d'une Agence pour l'Environnement et celle d'un Institut de Veille Environnementale (IVE). On veillera à la bonne coordination de cet IVE et de l'IVS.

B) On évaluera dans un délai raisonnable l'efficacité de l'AFSSA afin de décider s'il convient ou non d'ajuster son fonctionnement sur l'AFSSAPS et, notamment, de lui donner un pouvoir de police pour les situations d'urgence.

C) Toutes les administrations concernées par la précaution et la prévention mettront en place une **démarche d'assurance qualité**, selon un plan et des délais définis.

D) On créera, par redéploiement et formation complémentaire dans les administrations *ad hoc*, **des inspecteurs de l'assurance qualité** qui auditeront les départements administratifs ayant à connaître de la précaution et de la prévention. Ils auront aussi pour mission d'analyser les procédures d'assurance qualité utilisées dans divers secteurs productifs, comme celui de l'alimentation. L'appel à des cabinets d'experts privés pourra aussi être envisagé.

6. Sur la transparence

A) Les recommandations qui précèdent doivent, pour la plupart, fortement contribuer à la transparence, notamment : la séparation de l'expertise en deux cercles, la publication des produits d'expertise, la diffusion d'informations par l'AEST et la création d'un guichet pour les journalistes dans cette agence, la contractualisation de l'expertise et les déclarations d'intérêt des experts, la mise en place de démarches d'assurance qualité dans les administrations sensibles.

B) Traçabilité et étiquetage sont deux caractéristiques générales de la transparence qui devraient être de règle pour tous les acteurs sociaux.

C) On soutiendra les efforts en cours sur l'introduction du délai de grâce dans les dépôts de brevets.

D) Une loi devrait être consacrée à l'encadrement juridique du secret industriel. Elle devrait en préciser la portée et les limites, dans le respect du principe de précaution.

E) On fera un effort pédagogique pour expliquer au public le dispositif des agences et des cercles d'expertise. À cette occasion, il pourrait être utile de modifier la dénomination de certaines agences de façon à les rendre plus familières au public.

F) On développera l'usage des conférences de citoyens et d'autres procédés d'association du public à la solution des questions les plus sensibles.

7. Sur les médias

A) Les **médias** seront invités à réfléchir sur diverses mesures permettant d'améliorer leur fonctionnement et leur transparence.

a) Mise en œuvre d'une formation de déontologie et de droit.

b) Fonctionnement des conférences de rédacteurs et mise en place de médiateurs dotés d'un pouvoir significatif.

c) Amélioration (en quantité et en qualité) des émissions touchant aux sciences et aux techniques à la télévision (qui pourrait être introduite dans certains cahiers des charges par le CSA).

d) Mise à la disposition du public des sources non confidentielles ayant servi à l'élaboration des produits d'information.

e) Organisation d'une conférence de citoyens qui permettrait de mettre à jour les problèmes et les difficultés des médias devant les attentes des consommateurs d'information.

B) Les représentants des professions de la presse devraient élaborer un véritable **code de déontologie**, dont le respect serait assuré par un organisme composé de professionnels et de représentants de la société civile, qui statuerait au terme d'une procédure présentant des garanties analogues à celles de la procédure judiciaire. Ce code de déontologie devrait en particulier imposer aux journalistes qui font de la vulgarisation scientifique l'obligation de citer de manière précise leurs sources documentaires.

C) On encouragera la création d'une Agence de presse scientifique indépendante, qui pourra bénéficier au départ d'une aide des pouvoirs publics.

8. Sur les OGM

A) On reprendra à la base l'expertise sur les OGM en l'organisant de façon modèle en deux cercles d'expertise.

B) Dans ce cadre, on définira ce que seront les OGM de deuxième génération. On appréciera si certaines catégories et, notamment, les variétés obtenues Sans Addition de Gène Extérieur (variétés SAGE) sont justiciables d'une exonération partielle ou totale vis-à-vis des réglementations en cours.

C) Pour les OGM de première génération, on s'attachera à sérier les problèmes en distinguant notamment la sécurité alimentaire de la sécurité environnementale.

D) On imposera, autant qu'il est raisonnable, la traçabilité et l'étiquetage pour l'alimentation, pour des raisons de liberté de choix plus que de sécurité.

E) On affichera une politique de recherche claire et on demandera à l'INRA d'élaborer les programmes de recherche et développement correspondants. On procédera à une analyse comparative des risques que présentent certains OGM pour l'environnement (versus pesticides et herbicides habituels).

F) On adoptera une procédure simplifiée et rapide pour ce qui concerne les risques environnementaux des vaccins vivants et produits de thérapie génique destinés aux essais cliniques chez l'homme.

G) On reprendra les négociations européennes et internationales sur des bases neuves et, si possible, à partir de l'exonération des variétés SAGE vis-à-vis des restrictions actuelles.

H) On encouragera les partenariats qui permettront les transferts de technologie correspondants dans les pays en voie de développement.

9. Sur l'attitude à adopter dans les relations européennes et internationales

A) On cherchera, par le canal de l'Union Européenne, à **introduire, dans les textes qui régissent le fonctionnement de l'Organisation Mondiale du Commerce, un dispositif définissant la place que les Membres reconnaissent à la protection de la santé, de la sécurité humaine et de l'environnement dans les échanges commerciaux entre États.**

a) Ce dispositif, qui serait destiné à mettre en œuvre une conception raisonnable du principe de précaution, devrait reconnaître à chaque Membre la faculté de définir librement le niveau de sécurité qui lui convient, même si ce niveau dépasse celui qui résulte de l'application des standards internationaux. Cette faculté, qu'admet l'accord SPS, devrait être généralisée.

b) Il conviendrait également de décrire, de façon précise, la procédure à suivre et les modalités de l'expertise à produire en cas de refus, par un Membre, pour des raisons liées à la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, de l'importation d'un produit qui répond aux standards internationaux.

c) Chaque Membre devrait être explicitement autorisé à refuser l'entrée sur son territoire de produits ne respectant pas les normes du pays exportateur ou dont la commercialisation est interdite dans ce pays, ainsi que des produits qui n'ont pas été soumis aux règles d'étiquetage et de traçabilité que l'État importateur impose à ses propres producteurs. Afin de garantir l'efficacité de ces dispositions, le pays importateur devrait être autorisé à enquêter sur le territoire du pays exportateur.

d) Chaque Membre devrait être autorisé à suspendre l'importation d'un produit en cas d'apparition d'un risque ou d'une hypothèse sérieuse de risque qui n'étaient pas connus au moment où la décision initiale a été prise. Cette décision de suspension n'aurait qu'un effet provisoire et imposerait à son auteur de se soumettre à une procédure identique à celle qui est exigée pour refuser l'importation d'un produit conforme aux standards internationaux.

e) Il serait souhaitable de revoir le mémorandum de règlement des différends afin d'y introduire des possibilités de récusation de nature à donner aux parties toutes les garanties quant à l'impartialité des personnes composant les organes collégiaux chargés de ces règlements.

f) Les mesures de rétorsion infligées aux particuliers ou aux entreprises seraient avantageusement remplacées par des amendes prononcées à l'encontre des Membres parties perdantes aux litiges devant l'OMC.

B) On recommandera **une révision des procédures de normalisation internationale, en particulier de celles du Codex alimentarius.**

a) Il serait souhaitable non seulement d'élargir les objectifs du *Codex* en y incluant une référence explicite au principe de précaution mais aussi d'améliorer son système d'expertise en assurant mieux le respect du contradictoire ainsi que l'indépendance et l'objectivité des experts.

b) En l'absence de consensus, il conviendrait de renforcer les majorités requises pour l'adoption des normes.

C) On s'attachera à **corriger les carences manifestes de l'expertise internationale dans les questions de précaution et de prévention par des actions pragmatiques autant que juridiques.**

Les problèmes les plus significatifs concernent :

- l'absence, dans certains secteurs comme l'alimentation, de systèmes d'alerte internationaux bien organisés ;

- la déficience dans les échanges d'informations pertinentes entre pays, surtout en situation de crise ;

- le manque de collaborations internationales au plan de l'expertise (comme de certaines recherches organisées à propos de questions de précaution) ;

- l'absence de format commun qui permettrait de comparer plus efficacement les données obtenues dans différents pays ;

- la possibilité de pratiquer des enquêtes en territoire étranger.

a) Ces problèmes, de difficultés variables, devraient être mis en forme et abordés dans différentes instances allant de la communauté scientifique internationale (réseau des Académies, sociétés savantes) aux organisations internationales telles que l'OMS et l'OMC.

b) Plus particulièrement, on s'attachera à élaborer un **statut international des experts** appelés à siéger dans les instances internationales. S'agissant de problèmes touchant à la santé humaine, ceux-ci devraient être clairement dégagés de tout mandat national visant à défendre prioritairement les intérêts nationaux.

c) On proposera la création d'un **organisme d'expertise indépendant des États**, fédérant ceux qui existent déjà actuellement et qui serait reconnu par la communauté internationale. Les expertises fournies par cet organisme présenteraient des garanties d'indépendance vis-à-vis des autorités étatiques et pourraient être produites devant les organes de règlement des différends de l'OMC, concurrentement avec celles qui sont présentées par les Membres, parties au litige. Cet organisme pourrait également jouer un rôle important dans l'organisation d'un système d'alerte et de coopération internationale pour la gestion des grandes crises sanitaires et écologiques.

10. Sur les responsabilités

A) La définition de la faute pénale non intentionnelle devrait être précisée, notamment par l'insertion à l'article 121-3 du Code pénal, d'une disposition prévoyant que le prévenu n'encourt aucune condamnation pénale lorsqu'il peut démontrer qu'il n'était pas en mesure, au moment des faits qui lui sont reprochés, de connaître le risque dont la réalisation lui est imputée.

Ce même texte devrait prévoir explicitement **que la faute pénale d'imprudence ou de négligence est distincte de la faute civile prévue par les articles 1382 et 1383 du code civil.**

B) Il faudrait reconnaître largement au juge civil et au juge administratif le pouvoir de prononcer, en cas de simple **menace de dommage grave** pour la santé, la sécurité ou l'environnement, **les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir ce dommage.**

Ce pouvoir devrait être conféré non seulement au juge des référés, mais aussi au juge du principal, ce dernier étant autorisé à prononcer ces mesures, après une expertise, même si elles ne sont pas commandées par l'urgence et sans que la preuve de l'imminence du dommage ne soit requise.

C) On recommandera également le vote d'une **loi imposant à toute personne qui détient, en raison de sa profession, une information utile pour la mise en œuvre des politiques de santé publique, de sécurité ou de protection de l'environnement, le devoir de communiquer cette information aux autorités nationales compétentes.** Cette loi devrait préciser les moyens de concilier ce **devoir d'alerte** avec le respect du secret industriel et du secret professionnel et préciser les sanctions encourues en cas de méconnaissance.

Elle devrait également obliger l'autorité publique qui aura ainsi été informée d'un risque avéré ou probable à en avertir les personnes qui y sont exposées et, si ce risque est susceptible de développer ses effets au-delà des frontières, à le signaler à la communauté internationale.

D) Une disposition légale devrait mettre à la charge des fabricants et producteurs une « **obligation de suivi** » leur imposant, en cas de découverte, après la mise sur le marché, d'un risque inconnu auparavant, d'en avertir le public et de mettre en œuvre tous les moyens - rappel pour révision, retrait...- permettant d'en prévenir les effets dommageables.

E) Un texte réglementaire devrait aménager une **procédure de négociation** destinée à faciliter la conclusion d'accords par lesquels l'Administration subordonnerait son autorisation de commercialiser certains produits soupçonnés de présenter des risques, notamment pour l'environnement, à l'engagement du producteur de prendre en charge, sans contestation, tous les dommages imputés à ces risques, s'ils venaient à se produire.

De tels accords ne pourraient intervenir en cas de risque grave pour la santé ou la sécurité. Il appartiendrait à l'autorité publique compétente de décider, dans le respect du principe de précaution, s'il est souhaitable ou non d'en proposer la conclusion au producteur. Ils seraient, en toute hypothèse, provisoires et résiliables.

F) Il serait également souhaitable d'aménager **une procédure par laquelle l'Administration proposerait ou même imposerait** aux fabricants et aux distributeurs de produits indispensables pour la santé publique ou la sécurité des citoyens, mais soupçonnés de présenter un risque, de poursuivre la fabrication et la commercialisation de ces produits en contrepartie d'une prise en charge intégrale par les pouvoirs publics des dommages qui résulteraient éventuellement de la réalisation de ce risque.

Ce dispositif serait résiliable à tout moment par l'Administration contre indemnisation du producteur.

G) Pour les dommages résultant de **risques sériels** qui menacent la santé, la sécurité humaine ou l'environnement, il conviendrait d'aménager des **procédés d'indemnisation indépendants de la responsabilité**, au besoin par l'intermédiaire de fonds de garantie qui disposeraient, éventuellement, de recours contre les responsables de ces dommages.

L'aménagement d'un tel système s'impose aujourd'hui avec une particulière urgence pour les dommages résultant des accidents médicaux.

ANNEXES

Liste des sigles utilisés

CONSULTATIONS ET AUDITIONS REALISEES DANS LE CADRE DE LA MISSION

Bibliographie

Annexe 1 : Historique du principe de précaution

Annexe 2 Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés

Annexe 3 Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle

Annexe 4 Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution

LISTE DES SIGLES UTILISES

SIGLES FRANÇAIS

ADEME Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AEST Agence d'expertise scientifique et technique
AFSSA Agence française de sécurité sanitaire des aliments
AFSSAPS Association française de sécurité sanitaire des produits de santé
AFNOR Association française de normalisation
AFSSPS Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
ANAES Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé

BRGM Bureau de recherches géologiques et minières

CDH Conseil départemental d'hygiène
CEMAGREF Centre d'Etude du machinisme agricole, du génie rural, des eaux et des forêts
CJCE Cour de justice des communautés européennes
CNAMTS Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés
CNEVA Centre national d'études vétérinaires et alimentaires
CNIL Commission nationale informatique et liberté
CNRS Centre national de la recherche scientifique
COGEMA Compagnie générale des matériaux
CPP Comité de prévention et de précaution
CSA Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSHPF Conseil supérieur d'hygiène publique de France
CSTB Centre scientifique et technique du bâtiment

DDASS Direction départementale de l'action sanitaire et sociale
DE Direction de l'eau (Ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement)
DGCCRF Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DGS Direction générale de la santé
DIREN Direction régionale de l'environnement
DPPR Direction de la pollution et de la prévention des risques (Ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement)
DRASS Direction régionale des affaires sanitaires et sociales
DRIRE Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement

EDF-GDF Electricité de France - Gaz de France

ENSP Ecole nationale de la santé publique

EPA Etablissement public administratif

ESB Encéphalopathie spongiforme bovine

HCSP Haut comité à la santé publique

IFEN Institut français de l'environnement

IFREMER Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer

IFNI Institut français des relations internationales

INERIS Institut national de l'environnement industriel et des risques majeurs

INRA Institut national de recherche agronomique

INRS Institut national de de recherche sur la sécurité

INSERM Institut national de la santé et de la recherche médicale

IPSN Institut de protection et de sureté nucléaire

IVE Institut de veille environnementale

IVS Institut de veille sanitaire

OCDE Organisation de coopération et de développement économique

OGM Organisme génétiquement modifié

OMC Organisation mondiale du commerce

OMS Organisation mondiale de la santé

OPECST Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et Technologiques

RNSP Réseau national de santé publique

SIDA Syndrome d'immuno-déficience acquise

SPS Sanitaire et physto-sanitaire (accord)

TPI Tribunal de première instance des Communautés européennes

SIGLES ETRANGERS

AAAS American association for the advancement of science

CDC Center for disease control (Etats-Unis)

EPA Environment protection agency (Etats-Unis)

FAO Food and agricultural organization

FDA Food and drug administration (Etats-Unis)

GATT General agreement on tarifs and trade

TACD TransAtlantic Consumers dialogue

CONSULTATIONS ET AUDITIONS REALISEES DANS LE CADRE DE LA MISSION

Madame Christine LE BIHAN GRAF, Auditeur au Conseil d'Etat, a participé très activement à l'élaboration et à la rédaction de ce rapport.

FRANCE

MINISTRES

ALLEGRE Claude Ministre de l'Education Nationale, de la Recherche et de la Technologie

GILLOT Dominique Secrétaire d'Etat à la Santé

GLAVANY Jean Ministre de l'Agriculture et de la Pêche

KOUCHNER Bernard Secrétaire d'Etat à la Santé

LEBRANCHU Marylise Secrétaire d'Etat aux Petites et Moyennes Entreprises, au Commerce et à l'Artisanat

VOYNET Dominique Ministre de l'Environnement et de l'Aménagement du Territoire

CABINET DES MINISTRES

AMIDEY Pierre Conseiller technique, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

CHEREAU Claude Conseiller technique du Premier Ministre

DUHAMEL Gilles Conseiller technique, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité

FRAGMAN Patrick Conseiller, Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement

JOURDAIN-MENNINGER Danièle - Conseiller technique du Premier Ministre

LAVILLE Bettina Conseiller technique du Premier Ministre

LYON-CAEN Olivier Conseiller technique du Premier Ministre

MABILLE Bertrand Conseiller technique du Premier Ministre

MAISL Herbert Conseiller technique du Premier Ministre. Professeur des Universités

MAUGUIN Philippe Conseiller technique du Premier Ministre

MORELLE Aquilino Conseiller technique du Premier Ministre

ROY Laurent Conseiller, Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement

SALOMON Jérôme Conseiller, Secrétariat d'Etat à la Santé

TABUTAU Didier Directeur Adjoint du Cabinet de Madame le Ministre de

l'Emploi et de la Solidarité

VIGOUROUX Christian Directeur de Cabinet du Ministre de la Justice, Garde des Sceaux.

ADMINISTRATIONS ET ORGANISMES D'ÉTAT

BONICHOT Jean-Claude Commissaire du Gouvernement, 1ère sous-section
du contentieux du Conseil d'Etat

CHAID-NOURAÏ Noël Président de la 3ème sous-section du contentieux du Conseil
d'Etat

CLAVILLIER Léa Ministère de l'Education Nationale, de la Recherche et de la
Technologie

DRUCKER Jacques Directeur du Réseau National de la Santé Publique

GIRARD Jean-François Conseiller d'Etat

GUILLOU Marion Direction de l'Alimentation, Ministère de l'Agriculture,
de la Pêche et de l'Alimentation

HIRSCH Martin Directeur de l'agence française de sécurité sanitaire des aliments

JOINT-LAMBERT Marie-Thérèse - Inspection générale des Affaires Sociales

JULIEN Eugène Sous-directeur de la Direction générale de la concurrence, de la
consommation et de la répression des fraudes

LARGE Jean-P Ambassade de France à Washington

LAVOLLAY M. Attaché scientifique, Ambassade de France à Washington

LOOSLI-SURRAAF Régine Chargée de mission à la direction des affaires juridiques du
Quai d'Orsay

PAILLE J.-C. Attaché scientifique, Ambassade de France à Washington

SEAM Sujiro Secrétaire des affaires étrangères à la Direction des affaires
juridiques du Quai d'Orsay

SILICANI Jean-Ludovic Conseiller d'Etat

SMETS Henri Ancien directeur de l'Environnement

THERY J.-F. Président de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat

TOURAIN-MOULIN Françoise - Attachée scientifique, Ambassade de France à
Washington.

ORGANISMES PUBLICS NATIONAUX

CHAMBOLLE Marc Adjoint au directeur scientifique, INRA

DORMONT Dominique Professeur, CEA

GODARD Olivier Directeur de recherche au CNRS

HIRSCH Martin Directeur de l'Agence française de la sécurité sanitaire des aliments

JOLY Pierre-Benoît Directeur de recherche à l'INRA

PAILLOTIN Guy Président de l'INRA
RIBA Guy Directeur scientifique, INRA
VIALLE L Paul Directeur général de INRA

ACADEMIES

JACOB François Prix Nobel de Médecine, Membre de l'Académie des Sciences
et
de l'Académie Française
OURISSON Guy Président de l'Académie des Sciences
TISSOT Bernard Membre de l'Académie des Sciences
TUBIANA Maurice Professeur, Membre de l'Académie des Sciences

CONSEILS, COMITES ET ASSOCIATIONS, FEDERATIONS

BUSSON Benoît Service Juridique, "France Nature Environnement"
CASTELAIN Anne Service Juridique, "Les Amis de la Terres"
EWALD François Fédération Française des Sociétés d'Assurances,
professeur au CNAM
GARNIER Christian France Nature Environnement
GRINFELD Alain Président du Comité de Prévention et de Précaution
JOURDE MEDEF
REBELLE Bruno Responsable de Greenpeace France
SICARD Didier Président du Comité National Consultatif d'Ethique
SIMON Joëlle Directrice des Affaires Juridiques, MEDEF

ENTREPRISES

AUBER VIPP
DARBIN-LANGE F. Novartis
KROMAREK Elf
de GREEF W. Novartis
EYSSETTE Pierre Centre de Formation technique du personnel navigant d'Air France
LECLERC J. Bayer
MESURÉ Bernard Novartis
ROUZIOUX Jean-Marc Pasteur Mérieux Connaught

AUTRES PERSONNES AUDITIONNEES

ABENHAIM Professeur de santé publique à Montréal
CHAMPAGNE Patrick Sociologue à l'INRA et EHESS
GOUYON Pierre-Henri Professeur à l'Université

GUETTIER Christophe Professeur de droit à l'Université du Maine
HERMITTE Marie-Angèle Directeur de Recherche au CNRS
HORAUD Florian Professeur, Institut Pasteur
LEPAGE Corinne Avocat - Ancien Ministre de l'Environnement
MARTIN Gilles Professeur de droit à l'Université de Nice
NOIVILLE Christine Chargée de recherche au CNRS
REMOND-GOUILLOUD Martine - Professeur de droit à l'Université de Paris/Val-de-Marne
ROUYERE Aude Professeur de droit à l'Université de Bordeaux
SARAZIN Michel Directeur du Centre de Formation des Journalistes (groupe CFPJ)
SALOMON Jean-Jacques Professeur au CNAMS
SETBON Michel Sociologue au CNRS

ETRANGER

COMMUNAUTE EUROPEENNE

BELVEZE Henri Fonctionnaire européen à la Direction Générale XXIV

ORGANISMES INTERNATIONAUX

PINET Geneviève Direction des services Juridiques, Organisation Mondiale de la Santé

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- APFELBAUM M.** (sous la direction de), *Risques et peurs alimentaires*, Odile Jacob, 1999.
- BEAUD O.**, *Le sang contaminé*, PUF, 1999.
- BOURDIEU P.**, *Les usages sociaux de la science, Pour une sociologie clinique du champ scientifique*, INRA Editions, 1997.
- ENGEL L.**, *La responsabilité en crise, questions de société*, Hachette, 1995.
- ETCHEGOYEN A.**, *Le temps des responsables*, Agora, 1996.
- EWALD F.**, *Histoire de l'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986.
- FERRY L.**, *Le nouvel ordre écologique*, Paris, Grasset-Fasquelle, 1992-1998.
- GIRARD J.-F.**, *Quand la santé devient publique*, Paris, Hachette 1998.
- GODARD O.**, (sous la direction de), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Maison des sciences de l'Homme, INRA, Paris, 1997.
- HERMITTE M.-A.**, *Le Sang et le Droit*, Paris, Seuil 1996.
- JONAS H.**, *Le Principe Responsabilité*, traduit en français par J. Greisch, du Cerf, collection Passages, 1990.
- KAHN A.**, *Société et révolution biologique, Pour une éthique de la responsabilité*, INRA Editions, 1998.
- KOURILSKY Ph.**, *Les artisans de l'héritage*, Paris, Odile Jacob, 1987.
- KOURILSKY Ph.**, *La science en partage*, Paris, Odile Jacob, 1998.
- LAMBERT-FAIVRE Y.**, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 1996
- LE BRETON D.**, *La sociologie du risque*, collection *Que sais-je ?*, Paris, PUF, 1995.
- LECOURT D.**, *Contre la peur*, Paris, Hachette/Pluriel, 1990.
- LEPAGE C.**, *Bien gérer l'environnement : une chance pour l'entreprise*, Le Moniteur, 1999
- LIPIETZ A.**, *Qu'est-ce que l'écologie politique ? La grande transformation du XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 1999.
- MONTBRIAL Th. (de) et JACQUET P.**, *Ramsès 2000 "L'entrée dans le XXI^e siècle"*, sous la direction de, Paris, IFNI et Dunod, 1999.
- MORELLE A.**, *La défaite de la santé publique*, Paris, Flammarion, 1996.
- PAILLOTIN G. et ROUSSET D.**, *Tais-toi et mange ! L'agriculteur, le scientifique et le consommateur*, Bayard, 1999.
- RAINAUD J.-M.**, *Le droit nucléaire*, collection *Que Sais-Je ?*.PUF, 1994.
- RAUP D.**, *De l'extinction des espèces*, NEF Essais, Gallimard.
- REMOND-GOULLAUD M.**, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement, Les voies du droit*, PUF, 1988.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préface de A. Weill, Paris, LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 133, 1980

RICOEUR P., *Le Juste, Esprit*, 1995.

ROQUEPLO Ph., *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, INRA Editions, 1997.

ROUVILLOIS Ph. et LE FUR G., *Avis et rapports du Conseil Economique et Social*. Les éditions des Journaux Officiels, 1999.

SALOMON J.-J., *Le destin technologique*, Balland, 1992.

SETBON M., *Pouvoirs contre Sida*, Seuil, 1996.

TABUTEAU D., *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, 1994

THIEFFRY P., *Droit européen de l'environnement*, Dalloz, 1998.

TUBIANA M., *L'éducation et la vie*, Odile Jacob, 1999.

TUBIANA M., VROUSOS C., CARDE C., PAGES J.-P. (sous la direction de), *Risque et société*, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Nucléon, Juillet 1999.

ARTICLES

AL SANHOURY A.A., Le standard juridique, *in* Etudes GENY, tome II, Sirey, 1937, p. 144.

ANDRIANTSINABAZOVINA S., Le Conseil d'Etat et le principe de précaution. *Revue Droit Administratif*, Juin 1999, p. 5.

BELVEZE H., Les réflexions sur le principe de précaution au niveau de l'Union Européenne, rapport au colloque de l'INRA du 24 Avril 1999 sur le principe de précaution, INRA, Avril 1999, p. 4.

BLIN O., La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce : le contentieux des hormones. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 35(1), Janvier/Mars 1999, p. 43.

BOUCHACOURT D., L'apport du débat parlementaire à la loi du 13 Juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des OGM. *Revue Juridique de l'Environnement*, 3-1993, p. 369.

BOY L., La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ?, *Les Petites Affiches*, 8 Janvier 1997, p. 4.

BOY L., La nature juridique du principe de précaution, *Nature Sciences Sociétés (NSS)* 1999, vol. 7, n° 3, 5-11.

BREDIN J.-D., Le retour du Talion. *Le Monde de l'éducation : comment apprendre à être responsable?*, n° 267, Février 1999, p. 34.

BURGUELIN J.-F., La médecine saisie par le principe de précaution. Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 1998, p. 1229

Cans C., Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 Février 1995. Revue Juridique de l'Environnement, 2/1995, p.195.

CANS C., Le principe de précaution, nouvel état du contrôle de légalité. Revue Française de Droit Administratif, Juillet-Août 1999, p.750.

CHAMPAGNE P., Risque et médiatisation du débat public. *In* Risque et société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Nucleon, 1999, p. 187.

CHARBONNEAU S., Principe de développement contre principe de précaution. Nature-Sciences-Sociétés, 1998, 6(3), p.47.

COUSY H., A propos de la notion de précaution. Revue Risques, n°21, Janvier-Mars 1995, p. 149.

DAVID G., La médecine saisie par le principe de précaution. Bulletin mémoire de l'Académie de Médecine, 1998.

DELEBECQUE P., Les standards dans les droits romano-germaniques. Actes du colloque organisé à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, RRJ, 1988, p. 871.

DUPUY P.M., Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? Revue Générale de Droit International Public, 1997, p. 873.

DURIEUX E., La responsabilité des médias, Semaine Juridique, 1999, I, 153, 2^{ème} partie.

ENGEL L., Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine. Revue Esprit, Juin 1993, p. 5.

ENGEL L., Réguler les comportements. *in* De quoi sommes-nous responsable ?, éd. Le Monde, 1997, p. 80.

ENGEL L. ET GARAPON A., La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique. Revue Esprit, Août/Septembre 1997, n° 235.

ETCHEGOYEN A., La notion de responsabilité. Revue Esprit, n° 206, Novembre 1994, p. 28.

EWALD F., Le risque dans la société contemporaine. *in* Risque et Société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Nucleon, 1999, p. 41.

EWALD F., L'acceptabilité du risque au seuil du XXI^{ème} siècle : de nouveaux modes de régulation s'imposent. Passages, Hiver 1998, pp. 22-23

Ewald F., L'expérience de la responsabilité, *in* De quoi sommes nous responsables ? éd. Le Monde, 1997, p. 11.

EWALD F., Philosophie de l'incertain. L'année sociologique, 1996, 46, n° 2, p. 383.

EWALD F., Responsabilité-solidarité-sécurité. Revue Risques, Avril-Juin 1992, n° 10, p. 19.

FABIANI J.L., Principe de précaution et protection de la nature. *in* Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, sous la direction d'O. Godard, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme et INRA, 1997, p. 297.

FAURE B., Les objectifs de valeur constitutionnelle. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1995, p. 47.

GALLAND J-P., Les responsabilités des experts et le principe de précaution. *Nature-Sciences-Sociétés*, 1998, 6(1), p.46.

GIRARD J.-F., Risque et santé publique. *in* Risque et Société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Nucleon, 1999, p. 175.

GIRAUD C., Le droit et le principe de précaution : leçons d'Australie. *Revue Juridique de l'Environnement*, 1997, p. 21.

GODARD O., Le principe de précaution, une règle d'abstention. *in* Risque et société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Nucleon, 1999, p. 293.

GODARD O., Réflexions sur la nature du principe de précaution, rapport au colloque de l'INRA du 24 Avril 1999 sur le principe de précaution, INRA, Avril 1999 p. 7.

GODARD O., De l'usage du principe de précaution en univers controversé. *Futuribles*, Février/Mars 1999, p. 37.

GODARD O., Débat autour de la précaution. *Nature-Sciences-Sociétés*, 1998, 6(1), p. 41.

GODARD O. ET LASCOUMES P., Sur la nature du principe de précaution et ses effets sur la responsabilité. *Revue Esprit*, Juin 1998, p. 189.

GODARD O., L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision. *in* Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, sous la direction d'O. Godard, éd. Maison des sciences de l'homme, INRA Paris, p. 87.

HARICHAUX M., L'obligation du médecin de respecter les données de la science. *Semaine juridique* 1987, I, 3306.

HERMITTE M.-A., L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts. *Revue Justices*, 1997, p. 79.

HERMITTE M.-A., Le rôle du droit dans les phénomènes de crise. L'expérience de la transfusion sanguine. 6ème séance du séminaire "Risque collectifs et situations de crises" animée par C. Gilbert, 1996.

HERMITTE M.-A., Le droit et le drame de la transfusion sanguine. *in* De quoi sommes nous responsables? éd. Le Monde, 1997, p. 200.

HERMITTE M.-A., Le droit dans le drame de la transfusion sanguine, *in* La responsabilité, condition de notre humanité, Autrement, Séries morales, 1996, p.200.

HERMITTE M.-A. et NOVILLE C., L'obligation d'information en matière de santé publique. *Gazette du Palais*, 23/24 Octobre 1998.

Hermitte M.-A. et NOVILLE C., La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement : une première application du principe de prudence. *Revue Juridique de l'Environnement*, 3/1993, p. 391.

HEY E., The Precautionary Approach and the London Dumping Convention, Août 1991, annexé au document IMO LDC 14/4 du 4 Septembre 1991 relatif à la 14ème réunion consultative des Etats parties à la Convention, p. 9.

HOURCADE J.C., Analyse économique et gestion des risques climatiques. *Nature-Sciences-Société*, 1994-2, p. 202.

HOURCADE J.C., Précaution et approche séquentielle de la décision face aux risques climatiques de l'effet de serre. *in* Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, sous la direction de O. Godard (1997) Paris, éditions de la Maison des Sciences de l'Homme et l'INRA, pp. 259-296.

HUGLO C., Les délits liés au manque de précaution. *Les Petites Affiches*, 15 Février 1995.

JEGOUZO Y., Les principes généraux du droit de l'environnement. *Revue Française de Droit Administratif*, 12(2), Mars-Avril 1996, p. 209.

JEGOUZO Y., La loi n° 95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. *Revue Droit Immobilier* 17(2), Avril-Juin 1995.

JESTAZ P., Rapport de synthèse, Actes du colloque organisé à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, RRJ, 1988, p. 1181.

KAHN J., L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois. *EDCE*, 1963, p. 63.

KAMTO M., Les nouveaux principes du droit international de l'environnement. *Revue Juridique de l'Environnement*, 1993, p. 12.

KERVEN G.Y., Le point de vue scientifique et technique. *in* Risque et société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Paris, Nucleon, 1999, p. 69.

KISS A., Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995). *Revue Juridique de l'Environnement*, 1-2/1996, p. 83.

LASCOURMES P., La précaution, un nouveau standard de jugement. *Revue Esprit*, Novembre 1997, p. 129.

LASCOURMES P., La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité. *l'Année sociologique*, 1996, p. 359.

LAVEISSIERE J., Le mouvement de pénalisation de l'action locale. *Les Petites Affiches*, 15 Avril 1999.

LE DEAULT J.-Y., Le responsable politique face à la gestion des risques. *in* Risque et Société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Paris, Nucleon, 1999 p. 263.

LEPAGE C., L'indispensable principe de précaution. *Revue Risques*, Avril-Juin 1999, p. 98.

LEPAGE C., Que faut-il entendre par principe de précaution ? Gazette du Palais du 8-9 Octobre 1999.

LIENHARD C. et STEINLE-FEUERBACH M.F., Eléments de prévention du risque de catastrophes et d'accidents collectifs. Dalloz-Affaires, 1er Octobre 1998, n° 132.

LONG M., Préface à l'ouvrage Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, sous la direction d'O. Godard, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme et l'INRA, Paris, 1997.

Martin G., Précaution et évolution du droit. Dalloz 1995, ch., p. 300.

MARTIN G., Principe de précaution et responsabilité. Rapport au colloque de Nice, 30-31 Octobre 1996.

MARTIN G., Expertise et responsabilité juridique. *in* Prévention des risques ; De quoi les experts sont-ils responsables ? sous la direction de G. Decrop, éd. de l'Arche, Mars 1998, p. 755.

MARTIN G., La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute. Semaine juridique. éd. Entreprises, supplément aux cahiers du droit de l'entreprise, 15 Avril 1999, p. 3.

MARTIN G., La parole responsable : parole scientifique et responsabilité. *in* Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, p. 415.

MENARD J. (entretien avec), La restructuration des systèmes de veille et de sécurité sanitaires, le rôle d'expertise de l'INSERM, INSERM Actualités n° 164, Avril-Mai 1999, p. 9.

MOATTI J.P., Prescriptions et comportements individuels et collectifs face aux risques de la santé. Rapport du Colloque du 30 Novembre et 1er Décembre 1998, p. 21.

MORELLE A., Le principe de précaution. *in* De quoi sommes-nous responsables, éd. Le Monde, 1997, p.168.

NOVILLE C., Evolution comparée des grands modèles de réglementation des disséminations d'OGM. Nature, Sciences, Sociétés (1995) vol. 3-2, p. 122.

NOVILLE C., Commentaire des arrêts de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 7 Octobre 1998, Les Petites Affiches 3 Mars 1999.

PAILLOTIN G., postface à l'ouvrage d'A. Kahn, Société et révolution biologique. Une évolution de la responsabilité, p. 82.

PLENEL E., Incertitudes du monde moderne, De quoi sommes nous responsables ? *in* De quoi sommes-nous responsables?, éd. Le Monde, 1997, p. 311.

REMOND-GOUILLOUD M., La précaution, art de la décision un univers incertain. *in* Risque et société, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Paris, Nucleon, 1999, p. 301.

REMOND-GOUILLOUD M., Du risque à la faute. revue Risques, Juillet/Septembre 1992, p. 11.

REMOND-GOUILLOUD M., Le risque de l'incertain, la responsabilité face aux avancées de la science. La vie des sciences, 1993, n° 4, p. 341.

RENOUX T., Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? A propos des responsabilités pénales et politiques. *Semaine juridique* 1999, I, 161.

RICOEUR P., Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique. *in* *Le Juste, Esprit*, 1995.

RUCHETON P., Société du risque zéro. *Revue Risques*, Octobre-Décembre 1997, p. 49.

SAINT-JOURS Y., De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques. *Dalloz* 1999, chr., p. 211.

SALOMON J.-J., Les frontières du progrès. *Passages*, n° 93/94, hiver 1998, p. 44.

SANDS P., Droit international de l'environnement : le point en France. *Revue Générale de Droit International Public*, 1997, p. 470.

SARGOS P., L'information sur les médicaments. Vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités. *Semaine juridique* 1999, I, 144.

SCHNEIDER A., Réparation et répression : histoire d'une transformation des besoins par la notion de risque. *Les Petites Affiches*, 22 Juin 1999, p. 13.

THURIAUX P., Plantes transgéniques et procreastination. *La Recherche*, n° 313, Octobre 1998, p. 8

THIBIERGE C., Libre propos sur le droit de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 561.

TORELLI M., La reprise des essais nucléaires français, *Annuaire français de Droit International*, n° 41, 1er Janvier 1995, p. 755.

TUBIANA M., Le risque et la santé. *in* *Risque et Société*, sous la direction de M. Tubiana, C. Vrousos, C. Carde, J.-P. Pagès, Actes du Colloque Risque et société, 18-19-20 Novembre 1998, Paris, Nucleon, 1999, p. 24.

VISSER'T HOOFT H.Ph, Développement technologique et responsabilité envers les générations futures. *Archives de philosophie du droit*, tome 36, p. 31.

WYNNE B., Le nucléaire au Royaume-Uni. *in* *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la direction d'O.Godard, MSH Paris, INRA, 1997, p. 156.

THESES et MONOGRAPHIES

BOUTONNET M., L'émergence de la notion de précaution en droit de la responsabilité. Mémoire de DEA, Orléans, 1998.

GUEGAN A., L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile. Mémoire DEA, Université de Paris I, 1999.

MORLAAS-COURTIES M., L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Thèse Montpellier I, 1999.

NOVILLE C., Ressources génétiques et droit, essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines. Thèse Paris, Pédone, 1997.

RAPPORTS

CHARON J.M., Réflexions et Propositions sur la Déontologie de l'Information, remis le 8 Juillet 1999 à Madame le Ministre de la Culture et de la Communication.

CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1998, Réflexions sur le droit de la santé. La documentation française, 1998.

GROUPE DES EXPERTS ECONOMIQUES DU COMITE DE L'ENVIRONNEMENT (Direction de l'environnement de l'OCDE), Faire face à l'incertitude, Rapport au Secrétariat de l'OCDE, ENV/EC/ECO (91)12.

GRZEGRZULKA O. et ASCHIERI A., Proposition pour un renforcement de la sécurité sanitaire environnementale (rapport), Novembre 1998.

GALLOCHAT M.A. (sous la présidence de), Réflexions sur la propriété industrielle, Rapport à M. C. Allègre, Décembre 1998.

LAUDON A. et NOVILLE C., Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, rapport remis au Ministère de l'Environnement le 16 Novembre 1998.

Actes du Colloque de la Villette, L'opinion publique face aux plantes transgéniques, Entre incertitudes et prise de conscience, Paris, Albin Michel, 1999.

ANNEXE 1

HISTORIQUE DU PRINCIPE DE PRECAUTION

par

Mathilde Boutonnet et Anne Guégan

Le principe de précaution est aujourd'hui le principe du droit de l'environnement le plus médiatisé et il est souvent évoqué à propos des problèmes sanitaires. Son sens et sa portée n'en sont pas pour autant parfaitement perçus. Ce principe apparaît même souvent malmené, et tiraillé, au sein de débats passionnels, entre ses défenseurs et ses opposants. Tendrant parfois vers un effet de mode, le principe de précaution a pourtant une raison d'être.

Pour éviter que les confusions ne perdurent, pour tenter d'en comprendre les actuels développements, pour le réhabiliter dans son sens et sa portée, il paraît aujourd'hui urgent de revenir à la genèse du principe de précaution. Or, si sa naissance est avant tout juridique (I), il n'a pu s'émanciper que sous l'impulsion sociale et philosophique dévoilant aujourd'hui l'esprit du principe (II).

I.- LA NAISSANCE JURIDIQUE DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Si le lieu de naissance du principe de précaution s'avère difficile à déterminer, il est néanmoins possible d'en trouver les premiers énoncés dans des textes de droit international de l'environnement (A), et la consécration dans plusieurs droits nationaux (B).

A) Du berceau aux premiers pas

C'est **le droit international de l'environnement** qui constitue le berceau du principe de précaution. D'apparition récente, cette branche du droit comporte un ensemble de principes communs aux peuples de la planète. Ils sont l'expression d'une solidarité mondiale due à la globalité des problèmes d'environnement, et visent à encadrer " un partenariat mondial sur une base nouvelle ", en reconnaissant que "la terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance"¹.

Au regard de l'histoire du droit international de l'environnement, l'énoncé du principe de précaution se situe à une date relativement proche, entre la fin des années 1980 et le début des années 1990, dans le giron du concept de développement durable. Avant cette période, le droit international de l'environnement se caractérisait par une perspective restreinte et localisée, qui abordait principalement des problèmes liés à la lutte contre les pollutions

¹ Préambule de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Juin 1992).

transfrontalières, à la protection d'espèces, ainsi que d'espaces sensibles tels que certaines mers régionales.

Puis, à partir des années 1980, des alarmes relatives à des phénomènes globaux sur la détérioration de la couche d'ozone et le réchauffement de la planète (gaz à effet de serre), ainsi que la mise en évidence scientifique d'interdépendances (notamment celle du climat terrestre à l'égard de certaines conduites pourtant localisées), ont conduit à concevoir les problèmes d'environnement à partir d'un cadre général, celui de la protection de la biosphère terrestre². C'est dans ce contexte qu'apparaît le concept de développement durable, forgé au sein des Nations-Unies, pour réconcilier les points de vue divergents des pays industrialisés et des pays en développement en ce qui concerne l'importance à accorder à la préoccupation environnementale dans leurs politiques économiques respectives. Désignant une vision intégrée des exigences de protection environnementale et de développement économique, le concept de développement durable vise à mettre l'accent sur la protection des ressources naturelles et à prendre en compte les générations futures³.

Ces nouvelles tendances du droit international de l'environnement s'affirment tout au long de cette période, qui commence au début des années 1980 pour culminer au Sommet de la terre à Rio en Juin 1992, dont l'ambition était de jeter les bases d'un nouvel ordre environnemental mondial⁴. Des principes fondamentaux de portée générale s'en dégagent, qui viennent s'ajouter aux "*grands principes du droit de l'environnement*"⁵. C'est ainsi que le principe de précaution apparaît sur la scène internationale et acquiert droit de cité dans de nombreux traités multilatéraux et déclarations internationales⁶.

Le principe de précaution fait **ses premiers pas** dans les instruments mis en place pour lutter contre la pollution marine. Il apparaît explicitement en Novembre 1987 dans la Déclaration ministérielle de la Deuxième Conférence internationale sur la protection de la

² Voir P.-M. Dupuy, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?", *Revue Générale de Droit International Public*, 1997-4, p. 873.

³ Principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : "*Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures*".

Principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : "*Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit constituer une partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément*".

⁴ Lors de ce sommet (Conférence des Nations-Unies tenue à Rio en Juin 1992), furent adoptés la Convention-cadre sur le changement climatique, la Convention sur la diversité biologique, la Déclaration de Rio qui définit les droits et les responsabilités des Etats et un ensemble de principes destinés à assurer la gestion durable des forêts dans le monde, ainsi qu'un plan d'action mondiale dans tous les domaines du développement durable (Agenda 21).

⁵ Pour un éventail des principes du droit international de l'environnement, voir notamment l'article précité de P.-M. Dupuy, p. 881 ("Règles générales") et 888 ("Les principes en voie d'agrégation") ; A. Kiss, "Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995)", *RJE* 1-2/1996, p. 83.

⁶ Voir A. Kiss, article précité, p. 96.

Mer du Nord (Londres, 1987)⁷. Le paragraphe VII énonce ainsi que *“Soutenant le concept selon lequel, pour protéger la Mer du Nord des effets des substances les plus dangereuses susceptibles d'être préjudiciables, une approche de précaution est nécessaire, qui peut exiger que des mesures soient prises pour limiter les apports de ces substances, avant même qu'une relation de cause à effet n'ait été établie grâce à des preuves scientifiques incontestables”*. Ainsi, les Parties conviennent (paragraphe XVI-I) *“ d'accepter le principe de la sauvegarde de l'écosystème marin de la Mer du Nord en réduisant à la source les émissions polluantes de substances qui sont persistantes, toxiques et susceptibles de bio-accumulation par l'adoption de la meilleur technique disponible et d'autres mesures appropriées. Cela est particulièrement applicable lorsqu'il y a lieu de supposer que certains dégâts ou effets nocifs sur les ressources vivantes de la mer sont susceptibles d'être causés par de telles substances, même lorsqu'il n'y a pas de preuve scientifique d'une relation de cause à effet entre les émissions et les effets (le principe de l'action de précaution)”*.

Cette approche était incontestablement nouvelle, car auparavant, les dispositifs de régulation de l'environnement étaient établis selon une approche scientifique consistant à calculer les normes à partir d'un raisonnement fondé sur la capacité d'assimilation de l'environnement. Toutefois, il était reconnu que cette capacité était limitée et que les émissions ou les rejets de l'environnement devaient être maîtrisés⁸. Les incertitudes scientifiques étaient ainsi prises en compte en introduisant une marge de sécurité, de façon, par exemple, à ce que le niveau

⁷ D'autres dispositions sont parfois présentées comme des précédents au principe de précaution. Il en est ainsi de la Charte mondiale de la Nature, 1982 (paragraphe 11, b) : *“Les activités comportant un degré élevé de risques pour la nature seront précédées d'un examen approfondi et leurs promoteurs devront prouver que les bénéfices escomptés l'emportent sur les dommages éventuels pour la nature et, lorsque les effets nuisibles éventuels de ces activités ne sont qu'imparfaitement connus, ces dernières ne devraient pas être entreprises”*. Sont également parfois cités comme antécédents d'une application absolue du principe de précaution le système des listes noires en matière d'immersion des déchets en mer. Enfin, il faut aussi mentionner, au titre d'une approche qui n'a, à l'époque, pas encore le nom de précaution, l'ensemble des mesures réglementaires pour la protection de l'ozone stratosphérique. Il s'agit d'abord des mesures volontaires de réduction de la consommation des chlorofluorocarbures adoptées à l'échelle nationale par différents pays dès 1976. Il s'agit ensuite de la négociation internationale amorcée en 1981 sous l'égide du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement, qui conduira à la signature, par 27 pays dont les principaux producteurs de CFC, de la Convention de Vienne en Mars 1985 pour la mise en place des organes chargés de négocier, à un terme non fixé, un protocole d'accord sur des mesures réglementaires visant aussi bien la consommation que la production des CFC. C'est ainsi que fut signé en 1987, dans l'émoi suscité par la découverte en 1985 du “trou d'ozone” polaire, le Protocole de Montréal qui prévoit pour la première fois des mesures de réglementation à l'échelle mondiale. Or, celles-ci ont été prises *in fine* dans un contexte d'incertitude assez large, puisque les preuves scientifiques de la responsabilité directe des CFC dans la formation du “trou d'ozone” antarctique ne seront obtenues qu'en 1988-1989. Pour une analyse plus complète du cas de l'ozone stratosphérique, voir G. Megie, “Incertitude scientifique et décision politique : le cas “historique” de l'ozone stratosphérique”, *in Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la direction d'O. Godard, INRA-MSH Paris (1997) p. 215.

⁸ Voir le second paragraphe du préambule de la Convention sur la prévention de la pollution résultant de l'immersion des déchets, Londres (1972).

des rejets autorisés représentât dix ou cent fois moins que le niveau maximal compatible avec la capacité d'assimilation estimée⁹.

Le changement d'approche fut le résultat de fortes pressions exercées par certains groupes, notamment des pays occidentaux, au premier rang desquels l'Allemagne, dont l'expression *Vorsorge* (précaution), qui deviendra *Vorsorgeprinzip*, apparaît dès 1971 dans le Programme définissant la politique environnementale du Gouvernement fédéral, notamment à travers le souci d'apporter des précautions aux générations futures, ainsi qu'en 1976, dans un rapport officiel relatif à cette politique¹⁰. D'ailleurs, le mot *Vorsorge* apparaît déjà dans la version allemande de la Déclaration adoptée par la première Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord, sous l'expression *Vorsorgemaßnahmen* (qui était traduit par "*timely preventive action* "). Ce n'est que trois ans plus tard que l'idée exprimée par le mot allemand "*Vorsorge*" trouva son équivalent accepté en français et en anglais, principe de précaution et *precautionary principle*¹¹.

Le principe de précaution a ensuite été consacré par de nombreux textes internationaux, de valeurs juridiques inégales, et parmi lesquels il est possible de citer la déclaration de la troisième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1990), la déclaration de la Conférence de Bergen sur le développement durable (1990), la Résolution de 1991 adoptée dans le cadre de la Convention sur la prévention de la pollution résultant de l'immersion des déchets en mer, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), le Programme Action 21 (1992), la Convention-cadre sur le changement climatique (1992), la Convention sur la diversité biologique (1992), la Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique (1992), la Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (1992), le Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre (1994),...

Toutefois, il n'existe pas de définition unique du principe de précaution. Si certains éléments, qui restent eux-mêmes en quête d'uniformité, s'avèrent aujourd'hui permanents, à savoir la présence d'un risque de dommages graves et/ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue quant à la réalité de ces dommages, et enfin, l'obligation de prendre des mesures de prévention, de petites ou de grandes nuances apparaissent au fil des définitions. Ainsi, la Déclaration ministérielle de la Deuxième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1987), qui énonce que "*l'approche de précaution [...] peut requérir*

⁹ Voir B. Wynne, "Le nucléaire au Royaume-Uni", in: *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, op. cit.* p. 156 notamment ; E. Hey, "The Precautionary Approach and the London Dumping Convention", Août 1991, annexé au document IMO LDC 14/4 du 4 Septembre 1991 relatif à la 14^{ème} réunion consultative des Etats parties à la Convention, p. 9.

¹⁰ Voir l'intervention de M. Bothe au colloque de Riom sur le principe de précaution, 19 et 20 Septembre 1999, Actes à paraître.

¹¹ *Op. cit.*

l'adoption de mesures de contrôle”, apparaît empreinte de prudence. Cette approche est seulement obligation de prendre en considération le risque potentiel, ce dernier ne pouvant être écarté de l'agenda public au motif du manque de preuves scientifiques, et elle ne concerne que les substances les plus dangereuses¹².

En revanche, la Déclaration ministérielle de la Troisième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1990) se rapproche d'une formulation faisant du "principe de précaution" une norme impérative, une obligation de faire au service d'un objectif plus précis. Il s'agit en effet de “ *prendre des mesures pour éviter les impacts potentiellement dommageables* ”¹³.

Quant à la Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (1992), elle introduit une condition supplémentaire à la mise en œuvre du principe de précaution, à savoir l'existence de motifs raisonnables de s'inquiéter, semblant donc écarter toute alerte, toute dénonciation, ou toute mise en cause¹⁴.

Par ailleurs, la Déclaration de Rio précise les circonstances dans lesquelles le principe de précaution peut s'imposer comme norme, à savoir l'existence d'une menace de dommages graves ou irréversibles¹⁵, l'existence d'un dommage potentiel qui ne revêtirait pas ces caractères ne suffisant donc pas.

Plus récemment apparaît une autre précision relativement aux mesures de précaution à adopter en cas de risque de dommage grave ou irréversible, puisque ces dernières “ *devraient avoir le meilleur rapport coût-efficacité* ”¹⁶. Il s'agit donc de replacer le principe de précaution dans un contexte économique qui semblait absent de la plupart des définitions.

Au niveau communautaire, le principe de précaution est inséré à cette même époque par le Traité de Maastricht de 1992. En effet, l'article 130-R-2 qui énumère les principes devant fonder la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement

¹² Voir *supra*.

¹³ Les gouvernements signataires doivent “ *appliquer le principe de précaution, c'est-à-dire prendre des mesures pour éviter les impacts potentiellement dommageables des substances [toxiques], même lorsqu'il n'existe pas de preuve scientifique de l'existence d'un lien de causalité entre les émissions et leurs effets* ”.

¹⁴ Les parties contractantes appliquent le principe de précaution selon lequel “ *les mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait des substances ou de l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets* ” (article 2.2.a)

¹⁵ “ *En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ” (principe 15).

¹⁶ Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre : “ *Les Parties [...] résolues à prendre des mesures de précaution en prévision des émissions de polluants atmosphériques et afin de prévenir ou de réduire au minimum ces émissions et d'en atténuer les effets nocifs, convaincues que, en cas de risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique absolue ne saurait être une raison pour remettre à plus tard de telles mesures, étant entendu que les mesures prises à titre de précaution au sujet des émissions de polluants atmosphériques devraient avoir le meilleur coût-efficacité* ”.

fait figurer le principe de précaution, aux côtés des principes déjà consacrés de l'action préventive, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et du pollueur-payeur. Mais le principe de précaution n'y trouve aucune définition¹⁷.

B) Le baptême du principe de précaution dans les droits nationaux

En France, la loi n°95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement¹⁸, dans le souci d'intégrer au droit interne les principes d'action consacrés tant au plan international qu'au plan communautaire, définit, dans son article premier, le principe de précaution, aux côtés des principes d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, ainsi que des principes du pollueur-payeur et de participation¹⁹.

L'un des soucis du législateur français est alors de répondre à un besoin de rationalisation du droit de l'environnement, considéré alors comme un droit en mutation rapide. En effet, le droit international de l'environnement est perçu comme s'adressant davantage à la conscience morale et aux opinions publiques qu'au législateur national ou au juge. Quant aux normes communautaires, elles sont jugées foisonnantes, sectorielles et parcellisées, de même que celles adoptées au niveau national, alors que l'environnement est, par essence, une notion globalisante.

Il s'agit donc de pallier l'émiettement et la déstructuration du droit de l'environnement en lui conférant "*une homogénéité, afin de permettre sa compréhension par les acteurs et donc leur aptitude à assurer une protection plus efficace des intérêts généraux qu'ils sont chargés de défendre*"²⁰. L'énoncé, en termes assez généraux et destinés à inspirer l'action des pouvoirs publics²¹, de nouveaux principes mobilisateurs du droit de l'environnement permettrait de former le socle d'un droit commun de l'environnement. C'est d'ailleurs en ces termes que les principes de précaution et d'action préventive sont présentés dans certains débats parlementaires²².

¹⁷ Cependant, les directives 90/219/CEE du Conseil relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés (JOCE n° L117 du 8.05.1990, p. 1) et 90/220/CEE du Conseil relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement (JOCE n° L117 du 8.05.1990, p. 15) sont parfois présentées comme inspirées du principe de précaution qui serait ici appliqué, non pas à un produit déterminé, mais à un nouveau mode de production (Voir à ce propos M.-A. Hermitte et C. Noiville, "La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement : une première application du principe de prudence", *RJE* 3/1993, p. 391).

¹⁸ Journal Officiel du 3 Février 1995, p. 1840.

¹⁹ Article L200-1 du code rural.

²⁰ Voir le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement, J.-F. Legrand, Sénat n° 4.

²¹ Rapport précité.

²² Voir Assemblée Nationale, séance du 6 Décembre 1994.

Quant à la définition du principe de précaution, elle fut l'objet de longues discussions et de nombreux amendements, depuis la commission d'expertise du code de l'environnement jusqu'à l'adoption, par le Parlement, de sa rédaction définitive²³ : quatre étapes majeures peuvent en être retenues.

La première d'entre elles concerne le champ d'application du principe de précaution. En effet, la commission d'expertise du code de l'environnement avait initialement proposé de retenir une définition lui accordant une portée dans le domaine à la fois de l'environnement et de la santé. “ *En application du principe de précaution, tout projet, plan ou activité susceptible d'avoir une incidence **sur l'environnement ou la santé** doit intégrer les informations scientifiques les plus récentes et appropriées à la meilleure technologie disponible* ”²⁴. Cependant, dès l'avant-projet de loi, et ceci jusqu'à la rédaction finale, le principe de précaution voyait son champ d'application réduit à l'environnement²⁵ auquel est attribuée une définition large, mais détachée de toute référence à la santé²⁶.

Une deuxième étape de la rédaction de la définition du principe de précaution correspond à son détachement du principe de l'action préventive, afin de mieux mettre en valeur l'originalité de la précaution. Dans le projet de loi inscrit au Sénat, le principe de précaution était défini comme le principe “ *selon lequel les mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs sérieux de s'inquiéter de l'état de l'environnement* ”. Or, “ *afin d'éviter toute redondance avec le principe d'action préventive et pour ne plus faire référence à la notion vague d'inquiétude* ”, le principe de précaution devient celui “ *selon lequel **l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures visant à prévenir...*** ”²⁷. Cette rédaction correspondait d'ailleurs à celle antérieurement proposée par le Gouvernement, à sa volonté de s'inspirer le plus possible des textes internationaux, qui n'avait pas survécu à l'arbitrage interministériel²⁸.

²³ Texte définitivement adopté : loi n° 95-101 du 2 Février 1995 relative au renforcement et à la protection de l'environnement, article L200-1 du code rural.

²⁴ Rapporté par C. Cans, "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 Février 1995", *RJE* 2/ (1995), p. 195.

²⁵ Avant-projet de loi du Ministre de l'Environnement (intitulé APL relatif à la clarification et à la décentralisation des compétences en matière d'environnement) : “*principe de précaution, selon lequel tout projet, décision ou activité susceptible d'avoir une incidence **sur l'environnement** doit se fonder sur les meilleures informations scientifiques et sur la meilleure technologie disponible afin de garantir le niveau le plus élevé de protection* ” (rapporté par C. Cans, article précité).

²⁶ Voir Sénat, séance du 12 Octobre 1994 (p.4174 et 4175) : discussion intéressante sur ce qu'il faut entendre par environnement : définition large mais qui ne semble pas faire référence à la santé.

²⁷ Amendement présenté par la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement, précité, et adopté.

²⁸ Cette rédaction “*principe de précaution selon lequel l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives visant à éviter la mise en danger de l'environnement*” fut présentée, par le Gouvernement, comme la fusion des dispositions de la Déclaration de Rio, 15^{ème} principe (Juin 1992), et de la Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-est, article 2.2a (1992). Voir définitions présentées *infra*.

L'étape suivante concerne le but des mesures de prévention à adopter dans le cadre du principe de précaution. Les premières rédactions proposaient une référence, somme toute assez vague, à l'évitement d'une " *incidence sur l'environnement* " ²⁹, de la " *mise en danger de l'environnement* " ³⁰ ou encore d'une " *atteinte significative à l'environnement* " ³¹. Finalement, c'est la notion de " *risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement* " qui sera retenue. En cela, la définition se révèle à la fois plus proche (relativement au vocabulaire utilisé) et plus sévère (relativement au caractère cumulatif ou alternatif de la condition) que celles adoptées par certains textes internationaux, puisque ces derniers se contentent souvent d'un risque de dommages " *graves **ou** irréversibles* ".

Enfin, la dernière étape de la rédaction du principe de précaution concerne la nature des mesures de prévention. A plusieurs reprises, des propositions avaient été émises, relatives à la certitude et à la proportionnalité, et notamment, à la nécessité que le coût des mesures de précaution soit en rapport avec la gravité du risque et la capacité financière des opérateurs ³². Puis, c'est la commission de la production et des échanges qui, dans son rapport, proposait un amendement visant à modérer les coûts engendrés par la mise en œuvre du principe, précisant que " ***les mesures de prévention engagées devaient être effectives, proportionnées au risque et d'un coût économiquement acceptable*** " ³³. En cela, la nature des mesures gagnait en précision, mais devenait également plus limitée puisque ces dernières ne pouvaient plus désormais être engagées "à tout prix". Ces propositions furent retenues dans le texte définitif.

Aux termes de ces principales étapes, le principe de précaution devint le principe " *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* " ³⁴.

Dans les pays autres que la France, la reconnaissance du principe de précaution est plus délicate à analyser. Parfois, des réglementations en font une application sans pour autant le mentionner.

²⁹ Rédaction de l'avant-projet de loi, préc. (note 14).

³⁰ Rédaction proposée par le Gouvernement, avant l'arbitrage interministériel, préc. (note 17).

³¹ Rédaction proposée par la commission des affaires économiques et du plan, préc.

³² Voir Sénat, séance du 12 Octobre 1994 (p. 4174 et 4175).

³³ Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges, A.N. n°1722, 23 Novembre 1994, p. 40.

³⁴ La loi du 13 Juillet 1992 relative aux organismes génétiquement modifiés (JO du 16.07.1992) est parfois présentée comme inspirée du principe de précaution (M.-A. Hermitte, "Les OGM et la précaution...comme un parfum de nostalgie...", <http://www.ecoropa.org/hermitte.html>.-). Il en est de même de la loi du 1^{er} Juillet 1998 sur la veille sanitaire (JO du 12.07.1998), le principe de précaution dépassant ainsi le domaine de l'environnement pour pénétrer celui de la santé publique.

Le droit allemand, quant à lui, connaît depuis longtemps la notion de précaution³⁵. Elle est non seulement l'un des appuis principaux de la politique environnementale de ce pays, mais aussi inspiratrice de lois sanitaires, comme celle relative à la technique génétique³⁶. Il s'agit toutefois d'une conception économique du principe de précaution, puisque le coût économique des mesures à adopter se révèle, comme en droit français, un critère de modération.

Le **droit néerlandais** accorde également une place importante au principe de précaution, qu'il s'agisse de programmes définissant la politique environnementale, ou de la prévention des accidents majeurs, à propos de laquelle un effort constant est réalisé pour quantifier, d'une part, le risque inacceptable contre lequel l'homme doit être protégé en toutes circonstances et, d'autre part, le simple risque qui doit être réduit au niveau le plus faible possible.

Au **Royaume-Uni**, le principe de précaution est défini dans le Livre Blanc pour l'environnement (1990), avec une certaine prudence qui témoigne d'une conception assez méfiante au regard des conséquences néfastes de son application sur le développement économique³⁷. Les références au coût économique des mesures à adopter dans le cadre de risques importants de dommage causé à l'environnement sont omniprésentes. Ainsi, le principe de précaution n'apparaît applicable que *“pour autant que le bilan des coûts et bénéfiques vraisemblables de cette action le justifie”* et *“particulièrement là où il existe des raisons valables de juger [...] qu'une action engagée rapidement pour un coût comparativement faible pourrait éviter des dommages bien plus coûteux à l'avenir”*.

Aux **Etats-Unis**, le principe de précaution n'est pas reconnu en tant que tel. Pourtant diverses dispositions de lois fédérales paraissent l'intégrer. Il s'agit notamment, dans le domaine de l'environnement, du *“Massachusetts Toxics Use Reduction Act”* (1990), qui est une application du plan d'action fédéral sur le changement climatique encourageant à la réduction des gaz à effet de serre. En droit de la santé, il est possible d'évoquer le *“Clean Air Act”* (1993), qui impose, dans l'établissement des normes nationales élémentaires de qualité de l'air ambiant, l'application d'une marge de sécurité confortable, le *“Clean Water Act”* (1993) qui établit, comme objectif, l'élimination de la pollution de l'eau et une politique nationale visant la mise au point de la technologie nécessaire pour éliminer les rejets de polluants dans les eaux américaines, ainsi que le *“Federal Food, Drugs and Cosmetics Act”*

³⁵ Voir *supra*.

³⁶ Voir H. Cousy, “A propos de la notion de précaution”, *Revue Risques*, n° 21, Janvier/Mars 1995, p. 149.

³⁷ *“En cas de risques importants de dommage causé à l'environnement, [le Gouvernement britannique] sera disposé à engager une action de précaution pour limiter l'usage de substances potentiellement dangereuses ou pour éviter la dissémination de polluants potentiellement dangereux, même lorsque l'état des connaissances scientifiques ne permet pas de se prononcer de façon définitive, pour autant que le bilan des coûts et bénéfiques vraisemblables de cette action le justifie. Le principe de précaution s'applique particulièrement là où il existe des raisons valables de juger soit qu'une action engagée rapidement pour un coût comparativement faible pourrait éviter des dommages bien plus coûteux à l'avenir, soit que des conséquences irréversibles pourraient se produire si l'action était remise à plus tard”* (traduit de l'anglais par O. Godard, contribution de B. Wynne, in: *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, précité, p. 163).

qui interdit la commercialisation d'additifs alimentaires, à moins que le fabricant n'ait prouvé la sécurité du produit³⁸.

Quant au **Canada**, il a, semble-t-il, appuyé le principe de précaution sur les tribunes internationales, notamment au cours des débats de la Conférence de Bergen, mais il ne le reconnaît que lentement pour lui-même, et peu de débats de fond ont été consacrés, dans ce pays, au principe de précaution³⁹. Le Plan vert pour la protection de l'environnement, sans utiliser le terme "*principe de précaution*", reconnaît la nécessité d'approches prudentes⁴⁰. Par ailleurs, des systèmes de "*listes négatives*" concernant l'interdiction de produits chimiques peuvent approcher le principe de précaution⁴¹, de même que la loi sur les pêches⁴², et l'Entente-cadre sur la gestion de la qualité de l'air⁴³, qui mentionne explicitement le principe de précaution dans la liste de principes de collaboration⁴⁴.

En **Australie**, en Février 1992, au moyen d'un accord intergouvernemental sur l'environnement (Intergovernmental Agreement on the Environment), les gouvernements ont convenu de suivre le principe de précaution dans le cadre d'un engagement au développement durable et écologique⁴⁵. Par ailleurs, le gouvernement des Nouvelles-Galles-du-Sud, dans le "*Protection of the Environment Administration Act*" (1991), a adopté, parmi ses objectifs, le principe de précaution dans une définition classique. Enfin, le Parlement d'Australie du Sud a intégré une approche de précaution dans le "*Environment Protection Act*" (1993), puisque la partie "objectifs" de la loi formule l'engagement d'appliquer une telle approche à l'évaluation des risques de dommages environnementaux, et celui de veiller à ce

³⁸ Voir " La LCPE et le principe de précaution ", <http://www.établissements de crédit. gc.ca/CEPA/ip18/>.

³⁹ Cependant, un groupe de travail du Conseil canadien des ministres de l'environnement, chargé de formuler des idées pour un cadre canadien de gestion de l'environnement, a évoqué la possibilité d'un accord intergouvernemental sur des principes fondamentaux analogues à ceux de l'Australie.

⁴⁰ Dans le cadre du principe du respect de la nature, le Plan vert précise que "*le respect de la nature suppose également une attitude de prudence. Les actions humaines peuvent infliger des dommages graves et irréversibles à l'environnement. Pourtant, lorsque nous décidons d'une mesure, nous en connaissons rarement les répercussions écologiques. La prudence est donc de mise : nous devons donner à la nature le bénéfice du doute et privilégier la protection de l'environnement*".

⁴¹ Ainsi, les produits antiparasitaires ne peuvent être utilisés que si l'usage spécifique a été homologué en vertu de la Loi sur les produits antiparasitaires. Les candidats à l'homologation doivent prouver que l'utilisation du produit antiparasitaire ne sera pas la cause d'un risque inacceptable de dommages sur les plans de la santé publique ou de l'environnement.

⁴² Personne n'est autorisé à déposer des substances nocives dans les eaux fréquentées par le poisson, sauf si le règlement l'autorise.

⁴³ Conclue en 1993 entre le fédéral, les provinces et les territoires par l'entremise du Comité coordonnateur national des questions atmosphériques (CCNQA).

⁴⁴ "*Les mesures préventives et correctives reposeront sur le principe de précaution, les fondements scientifiques et la cohérence avec les données et hypothèses acceptables sur le plan national*".

⁴⁵ "*En cas de menace de dommages graves ou irréversibles à l'environnement, l'absence d'absolue certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte au report des mesures visant à empêcher la détérioration de l'environnement. Dans l'application du principe de précaution, les décisions publiques et privées doivent être guidées par (i) une évaluation prudente, afin d'éviter, dans la mesure du possible, les dommages graves ou irréversibles à l'environnement, et (ii) une évaluation des conséquences des diverses options par rapport aux risques*".

que tous les aspects de qualité de l'environnement touchés par la pollution et les déchets soient pris en compte dans les décisions relatives à l'environnement⁴⁶.

Ainsi, les textes internationaux ou nationaux sont nombreux à consacrer explicitement ou implicitement le principe de précaution et à lui donner un corps. Cependant, pour continuer à s'affirmer, le principe de précaution doit trouver l'appui d'une assise morale et sociale qui en constitue l'esprit.

II.- L'ESPRIT DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Pour certains auteurs, le principe de précaution serait la consécration juridique d'une évolution philosophique et sociale. Cette affirmation doit pourtant être nuancée : depuis sa naissance, il accompagne une évolution de la société et une nouvelle réflexion soucieuse des catastrophes écologiques et sanitaires. Il est alors un contemporain et non un aboutissement de cette évolution.

En revanche, le succès du principe de précaution semble bien résulter de cette évolution. En effet, la réflexion philosophique sur le concept de responsabilité a certainement entraîné une rapide propagation juridique internationale et nationale de ce principe en lui offrant une justification morale, en particulier celle du philosophe allemand Hans Jonas. La demande sociale de sécurité a également nourri le principe de précaution, lui permettant de s'étendre de l'environnement où il est né, vers la santé. **Ainsi serait-il préférable de dire que le principe de précaution s'appuie sur l'évolution philosophique et sociale pour se vivifier et y puiser force et légitimité.** Cette double évolution mérite d'être étudiée : elle révèle un souci de sécurité (A) et une aspiration morale (B).

A) Principe de précaution et souci de sécurité

De la sécurité écologique à la sécurité sanitaire

1) La sécurité écologique

L'étude des diverses législations montre que le "berceau d'origine" du principe de précaution est l'environnement. Cela s'explique par une prise de conscience écologique à laquelle le droit ne pouvait rester insensible. Avant tout, le principe de précaution trouve ses origines dans les incertitudes scientifiques concernant certains phénomènes écologiques globaux⁴⁷.

⁴⁶ Voir " La LCPE et le principe de précaution ", précité.

⁴⁷ Voir *supra* I, A).

La réalisation d'importants drames écologiques a renforcé cette prise de conscience. Ces derniers sont nombreux⁴⁸. Il en est ainsi des catastrophes industrielles : d'abord, dès 1959, une première grande catastrophe industrielle se déclencha au Japon, *Minamata*. Des rejets mercuriels furent déversés dans la baie et furent assimilés par les produits de la mer consommés par la population. Puis, en 1984, à *Bhopal*, en Inde, l'éclatement d'un réservoir d'une usine de pesticide produisit au contact de l'air chaud un nuage toxique qui gaza une partie de la population dans son sommeil. Enfin, cette liste non exhaustive peut être complétée par deux catastrophes qui ont eu lieu en 1986 : *Sandoz*, un incendie dans une usine provoquant une pollution atmosphérique chargée de pesticides toxiques, et la catastrophe nucléaire bien connue de *Tchernobyl*. Faut-il en outre rappeler les grandes marées noires ? celle du *Torrey Canyon* en 1967 avec 50 000 tonnes de pétrole déversées sur 1800 km² au large des côtes françaises et anglaises, *l'Amoco Cadiz* en 1978 au nord de la Bretagne, et la catastrophe de *l'Exxon Valdez* en 1989, marée noire de l'Alaska.

La communauté internationale ne pouvait rester indifférente à ces catastrophes écologiques qui ont révélé brutalement que le progrès des sciences et des technologies pouvait provoquer des accidents à l'origine de dommages irréversibles pour la planète. A une confiance absolue envers les sciences se sont alors substituées la crainte et la méfiance⁴⁹. La communauté internationale a pris conscience de la nécessité de protéger la planète. Le principe de précaution résulte ainsi de cette réaction et amorce une nouvelle perception du monde et du rapport de l'homme avec la nature. Le progrès ne doit plus se faire au prix du sacrifice de la nature et des générations futures : c'est pourquoi, le principe de précaution est en relation avec les notions de développement durable, de responsabilité envers les générations futures, et de patrimoine commun de l'humanité.

Ainsi, le principe de précaution trouve une impulsion dans cette demande internationale de sécurité écologique, qui se trouve aujourd'hui relayée par les médias se faisant l'écho des diverses craintes écologiques (maïs transgénique⁵⁰, gauchisme,...). Aujourd'hui, le principe de précaution ne se limite toutefois plus au domaine de l'environnement : à la demande de la société, il a naturellement glissé vers celui de la santé.

⁴⁸ M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, Les voies du droit, PUF, 1988.

⁴⁹ J.-J. Salomon, Les frontières du progrès, "Passages" n° 93/94, hiver 1998, p. 44.

⁵⁰ Le problème du maïs transgénique est abondamment traité dans la presse, voir *Le Monde*, "Le maïs transgénique va être cultivé en France", Vendredi 28 Novembre 1997, "Des députés socialistes et écologistes critiquent la décision du gouvernement sur le maïs transgénique", Vendredi 5 Décembre 1997, "Des plantes transgéniques modifient la flore microbienne du sol", Mercredi 7 Janvier 1998, "Les citoyens appellent à la prudence face aux plantes transgéniques", Mardi 23 Juin 1998, "Les OGM, un bien ou un mal pour les pays en voie de développement ?", supplément économique, "La commercialisation du maïs transgénique reste suspendue", Dimanche 13 et Lundi 14 Décembre 1998 ; mais aussi voir la presse internationale, *Courrier International* du 4 au 10 Mars 1999, n° 435...

2) La sécurité sanitaire

La santé et l'environnement sont en effet souvent très liés. L'environnement doit alors être compris de manière extensive comme une préoccupation de tout ce qui entoure l'homme, son milieu, son mode de vie, sa santé. Or, c'est surtout dans le domaine de la santé que la société paraît l'avoir adopté : la demande sociale de sécurité sanitaire a renforcé la demande internationale de sécurité écologique.

Le principe de précaution semble cristalliser divers phénomènes de société signaux de réaction à plusieurs drames sanitaires. Sa subite médiatisation dans le domaine de la santé le fait apparaître comme une éventuelle réponse à l'évolution du comportement revendicateur des victimes qui révèle une attitude très active non seulement une fois le drame survenu mais aussi avant sa réalisation.

Certains drames ont en effet entraîné une revendication sociale très forte de sécurité car ils ont montré qu'une attitude de précaution face au risque simplement hypothétique aurait pu permettre de réduire l'ampleur de leurs conséquences. L'affaire du sang contaminé est ici topique : les différents procès ont témoigné des peurs et ont exprimé la prise de conscience d'une " *situation d'inégalité, d'une situation de dépendance, d'une situation où quelqu'un qui exerçait un certain pouvoir (...) l'a utilisé d'une manière qui a fait courir un risque en plaçant d'autres individus dans une situation de dépendance vis-à-vis d'un risque dont ils ne découvriraient l'existence et la nature qu'après coup* "⁵¹, et de ce fait une crise de confiance.

Dès lors, l'indemnisation n'était plus suffisante : les victimes se sont tournées vers le droit pénal car elles " *voulaient des choses qui ne peuvent être offertes que par les juridictions pénales* "⁵², en particulier voir appliquer aux comportements critiqués des termes forts comme " *empoisonnement* ", ou " *crime contre l'humanité* ". Le principe de précaution apparaît alors contemporain d'un phénomène, parfois analysé comme un *retour du Talion*⁵³, et se traduisant par la multiplication d'actions en justice qui n'ont pas tant pour fin la réparation mais la sanction d'une faute pénale, une revendication ou une contestation politique⁵⁴. Cette revendication, qui est celle d'une sécurité toujours plus grande, apparaît comme un appel à une plus grande responsabilité⁵⁵, et surtout à une plus grande précaution⁵⁶.

⁵¹ F. Ewald, *op. cit.*

⁵² M.-A. Hermitte, "Le droit dans le drame de la transfusion sanguine", *La responsabilité, condition de notre humanité*, Autrement, Séries morales, (1996) p. 200.

⁵³ J.D. Bredin, "Le retour du Talion", *Le Monde de l'éducation*, "Comment apprendre à être responsable ?", Février 1999, n° 267, p. 34-35

⁵⁴ L. Engel et A. Garapon, "La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique ?", *Revue Esprit*, Août/Septembre 1997, n° 235.

⁵⁵ L. Engel, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine", *Revue Esprit*, Juin 1993, p. 5 ; "Réguler les comportements", in: *De quoi sommes-nous responsable ?* Le Monde, 1997, p. 80 ; *La responsabilité en crise*, questions de société, Hachette (1995).

⁵⁶ C'est ainsi que L. Engel affirme " *ce qui est attendu des responsables aujourd'hui, ce n'est donc plus seulement d'être prudents (pour eux-mêmes), ce n'est plus seulement de souscrire une police d'assurance, c'est de faire preuve de précaution* ", in " *Réguler les comportements* ", *op. cit.*, p. 80.

Ceci explique que le comportement social ne se limite pas à la revendication après coup, une fois le drame survenu. La société porte alors son attention sur des risques incertains et controversés dont l'ampleur des conséquences reste encore mal connue : la pollution atmosphérique⁵⁷, les champs électromagnétiques des lignes à haute tension, les leucémies à proximité de l'usine de retraitement de La Hague, les effets secondaires du vaccin contre l'hépatite B⁵⁸, la viande aux hormones⁵⁹, la récente affaire de la dioxine, et celle de Coca-Cola... En outre de nouvelles atteintes pourraient se révéler : un rapport de l'Institut de Protection et de Sûreté Nucléaire a dénoncé les dangers d'un gaz radioactif dénommé le radon⁶⁰ ; une alerte a été lancée après l'identification d'un nouveau virus, le TTV⁶¹, un agent transmissible par le sang et vraisemblablement responsable de maladies hépatiques.

Plus particulièrement, le consommateur, victime potentielle des dommages sanitaires, se veut beaucoup plus actif et aspire à une sorte de " *sécurité préventive*"⁶² afin d'éviter le dommage. Conscient de l'insuffisance de l'indemnisation, il refuse de subir de nouveaux drames⁶³.

Son comportement se traduit alors par une perte de confiance dans le système de production et de distribution des produits. C'est ainsi que "l'affaire de la vache folle" déclencha une crise au sein de la filière bovine. Récemment, les doutes concernant les risques du vaccin contre l'hépatite B ont également entraîné une méfiance des patients à l'égard de l'ensemble de la vaccination contre les hépatites⁶⁴. Par ailleurs, les consommateurs demandent à être éclairés, avertis *a priori* : les affaires médiatisées du maïs transgénique et de la viande aux hormones montrent la volonté démocratique du consommateur, son désir d'information et de participation, sa revendication du droit de choisir. D'où l'importance du débat ayant eu lieu sur les OGM⁶⁵. Or n'est-ce pas également l'enjeu du principe de précaution que d'informer pour accepter ou refuser ?

Ainsi, le succès du principe de précaution résulte-t-il certainement de cette volonté sociale de sécurité. En effet, les victimes revendiquent un droit à la sécurité et le principe de précaution cherche bien à satisfaire cette sécurité. Pourtant, cette revendication mérite-t-elle une entière satisfaction ? Le sociologue Edgar Morin parle d'une " *mentalité sécuritaire qui*

⁵⁷ *Courrier International*, n° 363, 16 au 22 Octobre 1997.

⁵⁸ Là aussi, la presse alimente abondamment "l'affaire", voir *Le Monde*, "Le vaccin contre l'hépatite B, l'OMS critique la décision de B. Kouchner", 7 Octobre 1998, "Prévention de l'hépatite B", 3 Octobre 1990, "Le taux de couverture vaccinale contre l'hépatite B a sensiblement diminué", 9 Janvier 1999, "Confirmation de l'efficacité du vaccin contre l'hépatite B", 12 Avril 1999...

⁵⁹ *Le Monde*, "La querelle sur la viande aux hormones est relancée entre l'Europe et les Etats-Unis", 30 Avril 1999, "Le bœuf aux hormone empoisonnent les relations internationales", supplément éco., 20 Avril 1999...

⁶⁰ *Libération*, "Attention le radon rôde dans nos maisons", Samedi 31 Janvier et Dimanche 1^{er} Février 1998.

⁶¹ *Le Monde*, "Une alerte est lancée après l'identification d'un nouveau virus", Mercredi 29 Juillet 1998.

⁶² F. Ewald, "Responsabilité-solidarité-sécurité", *Revue Risques*, Avril/Juin 1992, n° 10, p. 19.

⁶³ F. Ewald, *Le Monde*, "Face à des désastres collectifs, l'indemnisation perd son sens", 4 Juillet 1998.

⁶⁴ *Le Monde*, *op. cit.*

⁶⁵ *Le Monde*, "Les citoyens appellent à la prudence face aux plantes transgéniques", 23 Juin 1998.

*prétend éliminer de l'existence l'idée de risque. Chacun oubliant que sa propre vie est une aventure, l'accident que l'on ne sait plus affronter devient un événement incompréhensible qui demande systématiquement compensation*⁶⁶. Or, il n'est pas question de vivre dans l'utopie du "risque zéro"⁶⁷. Il faut alors espérer que la réflexion philosophique, qui accompagne le développement du principe de précaution, modère la revendication sécuritaire. Elle révèle en effet une aspiration morale du principe de précaution.

B) Principe de précaution et aspiration morale

De la responsabilité juridique à la responsabilité morale

1) Critique de la responsabilité juridique

La réflexion philosophique est axée sur la notion de **responsabilité**⁶⁸. La responsabilité proposée pour appréhender ces nouveaux drames est une **responsabilité morale** qui critique la signification trop limitée de la **responsabilité juridique**. Or, le principe de précaution semble être la traduction juridique de cette réflexion.

Pour comprendre les raisons du rejet de la conception juridique, il convient de rappeler la polysémie du terme responsabilité, actuellement source de confusion. Il est vrai que "le théologien, le philosophe, l'élu politique ou le juriste donneront chacun une définition différente"⁶⁹.

La difficulté de cerner la signification du terme responsabilité se reflète d'abord dans le langage courant. Pour l'homme de la rue, être responsable signifie généralement être investi d'un pouvoir. Telle personne est responsable d'une entreprise, elle doit alors faire preuve de responsabilité. Il s'agit de la capacité à prendre des décisions dans un domaine déterminé. La responsabilité peut aussi être liée à l'idée de conscience, lorsque l'on agit en homme responsable. Elle renvoie également à l'idée de réponse, lorsqu'une personne répond de ses actes, "en prend l'entière responsabilité", à l'idée de causalité et de faute lorsqu'une autre personne reconnaît être à l'origine d'un acte, "c'est ma faute, j'en suis responsable".

Puis, la responsabilité politique désigne le lien unissant l'homme politique et le citoyen par le biais du mandat.

Enfin, la responsabilité juridique⁷⁰ se définit comme l'obligation de répondre d'un dommage devant la Justice et d'en assumer les conséquences pénales, civiles, disciplinaires⁷¹. Il s'agit

⁶⁶ "Un philosophe de l'incertain, entretien avec Edgar Morin", *Revue Risques*, Avril/Juin 1993, n° 14, p. 175.

⁶⁷ P. Rucheton, "Société du risque zéro", *Revue Risques*, Octobre/Décembre 1997, p. 49.

⁶⁸ J. Henriot, "Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité", *Archives de philosophie du droit*, (1977) p. 59 et suivantes, M. Villey, "Esquisse historique sur le mot responsable", in *La responsabilité à travers les âges*, Economica (1989), p. 75 et suivantes, G. Viney, "La responsabilité", *Archives de philosophie du droit*, tome 35 (1990), p. 275 et suivantes.

⁶⁹ C. et J. de Maillaird, *La responsabilité juridique*, Dominos (1999), p. 6.

⁷⁰ G. Viney, *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité*, LGDJ, 1997 n° 1 ; J. Henriot, "Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité", *Archives de philosophie du droit* (1977), p. 59 et suivantes.

⁷¹ Dictionnaire juridique Henri Capitant, Paris, PUF (1987).

de responsabilité civile si une personne qui cause un dommage à autrui doit le réparer, et de responsabilité pénale lorsque l'auteur d'un acte doit, devant la société, subir la peine prévue par les textes⁷². C'est donc une responsabilité qui s'applique après coup.

Or, certains philosophes contemporains mettent en évidence les limites actuelles de cette notion juridique de la responsabilité face à des risques sanitaires et écologiques qui ne peuvent se suffire d'une réparation. C'est notamment le cas du préjudice écologique pur qui, sans porter d'atteintes directes à l'homme, peut être grave, irréversible, et transformer la nature de la nature. Le souci d'éviter le dommage devient alors prépondérant sur celui de réparer. Cela revient à faire appel à l'adage de bon sens " mieux vaut prévenir que guérir ".

Ainsi Paul Ricoeur, dans son ouvrage **Le Juste**⁷³ démontre l'incapacité de la responsabilité juridique à appréhender ces drames. En effet, devant la possibilité immense des dommages causés à l'homme et à son environnement, " *la responsabilité s'étend aussi loin que nos pouvoirs le font dans l'espace et le temps* ". Il évoque " *la trilogie : pouvoirs-nuisances-responsabilité* "⁷⁴. Notre responsabilité est alors infinie. Elle doit appréhender le long terme et plus précisément les conséquences temporelles et spatiales de nos actes. Or, la responsabilité juridique repliée sur la notion de réparation ne saisit pas le long terme, l'irréversibilité, et ignore les générations futures.

La responsabilité juridique est même parfois rejetée de manière plus radicale : Alain Etchegoyen dans son ouvrage **Le temps des responsables**⁷⁵ expose différents usages du concept de responsabilité qu'il appelle " *le spectre des usages* ". Le pire des spectres est l'usage juridique, car il pose uniquement la question de savoir " qui est responsable ? ", et ne fait que s'intéresser à la faute, au dommage, à la causalité. La responsabilité juridique est en cela critiquable, car elle appréhende seulement le passé, alors que les nouveaux drames appellent une responsabilité soucieuse du futur.

Les faiblesses de la responsabilité juridique ont alors incité les philosophes à proposer une responsabilité morale plus étendue.

2) La réhabilitation de la responsabilité morale

La responsabilité morale issue de la nouvelle réflexion philosophique est comprise de manière plus large que la responsabilité juridique. Elle apparaît détachée de l'idée d'imputation et d'indemnisation. Alors que la responsabilité juridique se traduit sous forme de

⁷² *Idem.*

⁷³ P. Ricoeur, "Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique", *Le Juste*, Esprit (1995). Egalement, *Revue Esprit*, n° 206, Novembre 1994, p. 28.

⁷⁴ *Idem*, p. 64.

⁷⁵ A. Etchegoyen, "Des responsabilités", in *Le temps de responsables*, éd. Agora (1996) ; voir aussi "La notion de responsabilité", *Revue Esprit*, n° 206, Novembre 1994, p. 28.

droit, la responsabilité morale se formule en devoir⁷⁶. Du droit à la réparation, nous glissons vers le devoir de préservation. En effet, les risques écologiques requièrent un contrôle du progrès technologique, dans le souci du développement durable et des générations futures. Les drames sanitaires rappellent également que devant l'incapacité de l'indemnisation, la prévention renforcée apparaît primordiale. **Or, il semble que l'on puisse trouver une source philosophique du principe de précaution dans cette réflexion.**

Paul Ricoeur met ainsi en lumière une responsabilité prospective en décrivant le *“redéploiement du concept de responsabilité”*. *“Tout se passe comme si le rétrécissement du champ juridique était compensé par une extension du champ moral de la responsabilité”*⁷⁷, explique-t-il. En effet, plus le droit se préoccupe seulement du dommage causé, plus la responsabilité morale tend vers la prévention, dite *“prudence préventive”*⁷⁸.

Il propose alors au droit de s'enrichir de cette nouvelle responsabilité morale préventive, et de ne pas se cantonner à une responsabilité s'appliquant seulement quand le dommage a eu lieu. Le juriste tendra ainsi une main en direction du moraliste⁷⁹ : *“A l'orientation rétrospective que l'idée morale de responsabilité avait en commun avec l'idée juridique, orientation en vertu de laquelle nous sommes éminemment responsables de ce que nous avons fait, devrait se substituer une orientation beaucoup plus prospective, en fonction de laquelle l'idée de prévention des nuisances à venir s'ajouterait à celle de réparation des dommages déjà commis”*⁸⁰.

Cependant, l'ouvrage le plus connu sur ce sujet reste celui de Hans Jonas⁸¹, intitulé **Le principe responsabilité**. Il y présente une *“éthique pour la civilisation technologique”*. Il explique comment la technologie a modifié les rapports de l'homme et de la nature. Pendant longtemps l'homme n'a été qu'un être dans la nature. Dorénavant, grâce aux sciences et techniques, il est maître de la nature. Cependant, il la contrôle par le moyen d'une technique qu'il ne contrôle pas. Il détient alors une puissance illimitée dans un monde infini et menace la biosphère entière de la planète. Celle-ci devient donc objet de la responsabilité humaine. Il est alors nécessaire de définir une nouvelle éthique car *“nulle éthique antérieure n'avait à prendre en considération la condition globale de la vie humaine et l'avenir lointain de l'existence de l'espèce même”*⁸². Celle-ci doit être tournée vers les conséquences de nos

⁷⁶ A. Etchegoyen propose alors une nouvelle responsabilité prospective, intemporelle, constituée de *“devoirs”*. Cette responsabilité nous fait entrer dans le *“temps des responsables”*, *op. cit.*

⁷⁷ *le Juste, op. cit.*, p. 61.

⁷⁸ *Idem*, p. 62.

⁷⁹ *Idem*, p. 63.

⁸⁰ *Idem*, p. 65.

⁸¹ Traduit en français par J. Greisch, éditions du Cerf, collection “Passages” (1990). La première édition de *Das Prinzip Verantwortung* date de 1979. Pour les critiques de cet ouvrage, voir la revue *Esprit*, “Hans Jonas et l'éthique de la responsabilité”, B. Seve, n° 165, Octobre 1990, p. 72 ; “De la gnose au principe de responsabilité”, n° 171, Mai 1991, p. 5 ; “Surcroît de responsabilité et perplexité”, n° 206, Novembre 1994, p. 8. Voir aussi, D. Müller et R. Simon, *Nature et descendance, Hans Jonas et le principe responsabilité*, éd. Labor Fides (1993).

⁸² *Le principe responsabilité, op. cit.*, p. 26.

actes dans le futur. L'éthique proposée se sépare de la responsabilité juridique. Il ne s'agit plus en effet de s'intéresser à l'imputation des actes commis. L'idée est celle d'une responsabilité envers les générations futures⁸³, visant à satisfaire les besoins présents sans compromettre les leurs. C'est une éthique de l'anticipation.

Elle repose sur des impératifs catégoriques, l'un des plus important étant le suivant : *“ Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre”*⁸⁴. Afin de savoir si les actions du présent peuvent compromettre le futur, il est nécessaire de connaître les risques. Or, ceci est impossible car la nature est imprévisible. Aussi, à défaut, est-il nécessaire de reconnaître son ignorance.

C'est ici que la peur joue un rôle primordial par sa force mobilisatrice et instructive : elle devient une méthode, dite *“ heuristique de la peur”*. C'est l'anticipation de la menace et la peur du danger qui vont permettre de prévoir les effets à long terme de l'action technique, et de déterminer ce qui a besoin d'être sauvegardé. Cette méthode aboutira à définir les risques qui ne devront jamais être courus.

Ainsi cette éthique, consciente de l'incertitude des risques et de la science, inquiète des dommages graves et irréversibles, soucieuse des générations futures et de la préservation de la planète, s'étend sur le long terme. Or, ces concepts sont ceux qui ont entouré la naissance juridique du principe de précaution dans les textes internationaux⁸⁵. C'est pourquoi, le principe de précaution doit être relié à cette réflexion.

L'ensemble de cette réflexion philosophique et le principe de précaution présentent donc un idéal commun : la recherche d'une vie possible aujourd'hui et pour les siècles à venir. C'est pourquoi, le principe de précaution apparaît comme la traduction juridique de cette aspiration morale.

Par ailleurs, la genèse du principe de précaution contribue à sa réhabilitation, en en précisant le sens et la portée. La naissance juridique et l'esprit du principe de précaution montrent qu'il ne doit pas être compris, de manière négative, comme l'instrument d'une revendication irrationnelle du risque zéro, mais indiscutablement, de manière positive, comme un souci rationnel de sécurité écologique et sanitaire.

⁸³ H.Ph. Vissert-Hooft, “Développement technologique et responsabilité envers les générations futures”, *Archives de philosophie du droit*, tome 36, p. 31.

⁸⁴ *Le principe responsabilité, op. cit.*, p. 36. Hans Jonas propose aussi trois autres formules : *“ Agis de façon que les effets de ton action ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d'une telle vie ”*, *“ ne compromets pas les actions pour la survie indéfinie de l'humanité sur terre ”*, *“ Inclus dans ton choix actuel l'intégrité de l'homme comme objet secondaire de ton vouloir ”*.

⁸⁵ Voir *supra* I, A).

ANNEXE 2
(non fournie)

PRINCIPE DE PRECAUTION ET
ORGANISMES GENETIQUEMENT MODIFIES.
LE CAS DU MAÏS TRANSGENIQUE

par

Christine Noiville et Pierre-Henri Gouyon

ANNEXE 3

PROPOSITIONS POUR LE PRINCIPE DE PRECAUTION A LA LUMIERE DE L'AFFAIRE DE LA VACHE FOLLE

D. Dormont et M.-A.Hermitte

Ces réflexions auraient été différentes si nous n'avions pas bénéficié des travaux non encore publiés de D. Torny, P.B. Joly et B. Wolfer qui sont de véritables coauteurs du texte. Qu'ils soient remerciés de la confiance qu'ils nous ont accordée.

On compte à ce jour :

- chez les êtres humains : 47 cas confirmés du nouveau variant de la maladie de Creutzfeldt-Jakob réputé transmis par des vaches contaminées ;
- chez les bovins : près de 200 000 cas confirmés qui ont été exclus de la chaîne alimentaire, environ 900 000 bêtes malades mais non repérées qui auraient pu y être incluses (estimation théorique).

On ne sait rien de ce que sera l'ampleur de la maladie humaine, peu de choses de la poursuite de la contamination des bovins, rien sur l'ampleur d'une contamination possible des ovins, rien de très convaincant sur les porcins. On reste dans l'incertitude sur la mise en œuvre des procédés sécurisés dans l'industrie mondiale de la gélatine, sur les pratiques réelles des abattoirs, sur de nombreux produits discrets (les enveloppes de médicaments présentés sous forme de gélules par exemple), etc. Un énorme travail reste donc à faire pour comprendre les faiblesses persistantes des filières économiques issues de l'élevage et pour venir à bout des dysfonctionnements. Tant d'incertitudes constituent un terrain d'élection pour une étude du principe de précaution, eu égard à la définition qui le fait apparaître comme un mécanisme de prise de décision en univers controversé.

L'objet de ce rapport n'est pas de donner une vision globale de l'affaire et des mesures qui ont été prises, l'espace qui nous a été imparti ne le permet pas. Il est plutôt de commencer à donner un contenu concret à un principe très vague, que P. Lascoumes avait justement qualifié de standard de jugement, notion processuelle, espace d'indétermination placé volontairement à l'intérieur de la règle de droit (Esprit, Novembre 1997 et Juin 1998). Nous avons surtout cherché à infirmer ou confirmer quelques affirmations récurrentes de la doctrine –le principe de précaution ouvre-t-il la porte à des comportements irrationnels par exemple ? et à proposer certaines réformes indispensables pour mettre le droit positif en cohérence avec le principe (suite du travail entrepris par M.-A. Hermitte *in* Cl. Gilbert,

comptes rendus du séminaire *Risques et situations de crise*, Juin 1996 et O. Godard, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Ed. INRA-EHESS, 1997).

lère Partie : LA LEGITIMITE D'UN PRINCIPE D'ACTION MALGRE DE FORTES INCERTITUDES SCIENTIFIQUES

Le principe de précaution a été critiqué dans son essence même parce qu'il implique d'agir avant d'avoir l'ensemble des preuves scientifiques qui seraient nécessaires pour fonder en raison une décision adéquate. Pour autant, cette idée qui parut inapplicable à certains constitue le cœur de l'arrêt de la Cour de Justice de 1998 dans l'affaire de la vache folle. En effet, pour défendre la légalité de la décision d'embargo, la Cour s'appuie sur le fait que le zoonose était "perçue" comme un danger grave (pt. 50), et sur l'annonce de l'existence de dix malades atypiques, justifiant "l'hypothèse théorique" d'un passage possible de l'animal à l'homme (pt. 52 ; cf. aussi pts. 62, 73) ; elle précise que "lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrés", avec une référence au principe de précaution, ce qui devrait couper court à toute discussion sur l'absence de caractère juridique du principe, en droit européen (pts. 99, 100, 102).

La période 1985–1988 est marquée par la qualité du travail scientifique, et l'efficacité⁸⁶ très moyenne du passage à la décision politique, et à sa mise en œuvre. *L'histoire de cette première période mérite que l'on s'y attarde car elle permet de démontrer qu'il était effectivement possible d'avoir une action d'une certaine efficacité malgré l'étendue très limitée des connaissances scientifiques, mais qu'il aurait fallu agir plus vite et plus large.*

I.- 1985–1988 : UNE MOBILISATION SCIENTIFIQUE EFFICACE MALGRE LE CONTEXTE DE TRES GRANDE INCERTITUDE

En 1985, lorsque les vaches commencent à être atteintes, il s'agit d'une maladie nouvelle (ESB), comme le sera dix ans plus tard celle des humains (v-CJD). A ce titre, ces maladies étaient imprévisibles, mais elles n'étaient pas impensables. Elles ont d'ailleurs été repérées très vite grâce à la mobilisation des rares connaissances acquises depuis le XIXème sur la famille de maladies dont elles relèvent, et aux concepts théoriques qui avaient été élaborés par les vétérinaires et les médecins. L'observation de cette période révèle que

⁸⁶ Nous emploierons le mot efficacité lorsque les mesures prises ont produit l'effet escompté, effectivité lorsque la mesure décidée a été effectivement mise en œuvre, quelle que soit par ailleurs son efficacité.

la réactivité d'un système, critère d'une culture de précaution, dépend de la capacité à mobiliser une mémoire scientifique. Il importe de réfléchir aux moyens de le faire de la manière la plus efficace. Les travaux du groupe de travail de F.Chateauraynaud qui ont abouti à la création du logiciel Prospero⁸⁷ ainsi que les méthodes mises en place par la cellule expertise collective de l'INSERM devraient être plus soigneusement regardés.

1) Le contexte scientifique de l'ESB, maladie de la famille des ESST

Si l'on compare la crise de la vache folle à celle de l'amiante, on constate une meilleure efficacité du monde scientifique et politique, alors que les connaissances scientifiques étaient plus faibles. Ce paradoxe s'explique de deux manières. Entre-temps, les crises sanitaires avaient pris une nouvelle signification politique, qui incitait d'autant plus à travailler dans l'urgence que des alarmes de portée plus ou moins importantes avaient déjà été lancées dans ce domaine. D'autre part, malgré la faiblesse des connaissances sur ces maladies, les concepts permettant une observation efficace sinon une explication, avaient déjà été forgés⁸⁸.

a) Deux concepts majeurs : les ESST et les ATNC

Entre la fin du XVIIIème siècle et le milieu du XXème siècle, vétérinaires et médecins ont su relier des observations disparates sur la tremblante du mouton, de la chèvre, et une maladie neurologique proche, frappant les humains. Ils en ont tiré l'idée d'une "**famille de maladies**" pouvant s'attaquer à diverses espèces. De l'une à l'autre, elles comportaient des différences mais aussi des traits communs, cliniques, biologiques et anatomo-pathologiques : atteinte du système nerveux central, troubles du comportement, troubles moteurs, cerveau en "éponge", délai d'incubation excessivement long. Les maladies sont toutes transmissibles, mais ne semblent pas contagieuses le plus souvent. **Ce sont ces traits communs qui auraient pu permettre certaines mesures précoces.**

Ces observations évoquaient l'existence d'un agent susceptible de transmettre son caractère pathogène. Mais quel agent ? Dans l'impossibilité de détecter la présence d'un agent porteur d'ADN ou ARN qui, dans la doctrine biologique, sont les seuls éléments susceptibles de transmettre l'information et son effet pathogène, les scientifiques conclurent, en l'état, à l'existence d'un type d'agents transmissibles dits non conventionnels (ATNC), que l'on retrouverait dans toutes ces maladies, dites encéphalopathies spongiformes transmissibles (ESST, Gibbs et Gajdusek, fin des années soixante). Les résultats de leurs expérimentations firent très vite apparaître la résistance hors du commun des ATNC (1978, Etude Dickinson),

⁸⁷ Ils permettent une mobilisation rapide de la littérature scientifique et médiatique sur une question.

⁸⁸ La mémoire scientifique a son pendant dans la mémoire industrielle comme le montrent les travaux de F. Ogé, historien du droit, qui par un travail d'archives "découvre" les sites contaminés qui ont disparu de la mémoire locale.

autre trait commun sur lequel fonder des stratégies. Aujourd'hui, on ne connaît toujours pas la nature de cet agent, agent biologique classique mais encore inconnu, protéine de forme anormale qui aurait la capacité d'obliger les protéines voisines à se replier de manière pathologique (prion), protéine dont le caractère pathologique serait produit par un cofacteur encore inconnu. On ne connaît guère que sa résistance à l'inactivation et le fait qu'il existe des souches diverses se comportant de manière différente malgré les traits communs à tous les ATNC.

b) Une transmissibilité intra et interspécifique : où l'on ne parle pas de barrière d'espèce

Dès avant que l'épizootie ne commence, on avait de nombreuses connaissances empiriques sur la transmissibilité. Une transmissibilité **naturelle** avait été constatée entre les moutons d'un même troupeau, et pouvait concerner des chèvres présentes dans les mêmes troupeaux (sans que l'on sache s'il s'agissait d'une transmission interspécifique ou par l'intermédiaire de l'environnement). La transmission **expérimentale** avait été documentée dans le cadre intra ou interspécifique : caractère transmissible et **inoculable** de la tremblante chez les moutons et chez les chèvres (1936 et 1939, Cuille et Chelle ; contamination de 7 % des brebis ayant reçu un vaccin préparé à partir d'un cerveau de brebis atteinte) ; possibilité de **contamination intraspécifique par la voie orale** dans le cas du kuru, touchant des villageois de Nouvelle-Guinée à la suite de pratiques funéraires consistant à manger certains organes des morts et à en frotter les yeux et les narines des enfants. **C'est la première démonstration de l'effet multiplicateur de certaines pratiques** ; on dénombra finalement 2584 cas entre 1957 et 1982, et 10 % de personnes atteintes dans certains villages, alors que la maladie a probablement pénétré à la suite d'un premier cas unique au début du siècle. On connaissait l'épidémie de tremblante chez des visons ayant consommé des déchets de moutons atteints de tremblante (1965) ; c'était la **première transmission interspécifique par la voie orale**. On avait réalisé la première transmission expérimentale de la tremblante du mouton à la souris en 1961, puis la transmission au hamster, pourtant résistant à la transmission directe de la tremblante du mouton. Le fait qu'il ait pu être contaminé par la souche ayant transité par la souris (1963) fit penser que **le passage par une espèce sensible pouvait entraîner la contamination d'une autre espèce jusque là résistante**.

Les articles de synthèse élaborés au tout début de la crise reprennent cet historique et ne parlent pas de barrière d'espèce. On y remarque seulement que la maladie est plus difficile à transmettre entre espèces éloignées. On fait remarquer que la MCJ humaine, dite sporadique, est distribuée de manière régulière dans le monde (malgré quelques clusters que l'on n'expliquera par des particularités génétiques que plus tardivement). On ignore la cause de la maladie, mais on admet sans réticence, à titre d'hypothèse, que l'ingestion de moutons contaminés pourrait être une cause de contamination (M. Savey dans son grand article de synthèse de 1979 avec Espinasse). On est pratiquement sûr aujourd'hui que

l'hypothèse est fautive, mais elle était couramment évoquée au début de la crise. En 1991 lors d'un colloque réuni par l'OMS, il est expliqué que la barrière d'espèce joue un certain rôle, mais qu'elle est franchissable. En réalité, le concept de barrière d'espèce sera utilisé dans le sens bovins-humains à des fins politiques dans le but de "rassurer", et l'on peut remarquer que, sans être ignoré, il est assez peu interrogé au moment où l'on commence à penser que la vache est atteinte par l'agent du mouton. Cette hypothèse permet en effet des modélisations paradoxales. D'un côté, s'il s'agit de l'agent du mouton, la contamination des bovins laisse suspecter la possibilité d'autres passages. De l'autre, si l'agent du mouton passé chez la vache continue de se comporter de manière traditionnelle, l'homme ne semble pas y être sensible. C'est donc à la fois inquiétant et rassurant. Mais on saura assez vite grâce à la biologie moléculaire que l'agent bovin est différent et ne peut donc être raisonné sur le modèle du mouton. *L'ensemble de ces observations explique pourquoi les scientifiques ont envisagé tout de suite l'hypothèse de la transmissibilité à l'homme (attitude pessimiste rendue légitime par le passage aux bovins et l'ensemble des observations disponibles) ; à l'inverse, ils affirment que le fait est peu probable et surtout, que la contamination de l'homme serait au pire de très faible intensité (Commission Southwood). Cette deuxième attitude est optimiste et ne prend pas en compte l'incertitude sur le type d'agent pathogène impliqué.*

D'après cette série d'observations, *diverses voies de transmission* sont possibles, parmi lesquelles la voie orale constatée dans un cadre intraspécifique pour le kuru, dans un cadre interspécifique pour le vison. **On disposait donc d'observations permettant de craindre une contamination interspécifique par la voie orale ; à l'inverse, si l'agent du mouton était passé chez les bovins, cela pouvait paraître rassurant, la tremblante n'étant finalement pas transmissible –à ceci près que l'on savait que les passages successifs d'un hôte à l'autre pouvaient sélectionner l'agent pathogène dans le sens d'une plus grande virulence.**

c) Les alertes aux contaminations iatrogènes

L'une des causes de la mobilisation rapide sur la vache folle a été le sentiment de crise qui avait saisi le milieu scientifique concerné par les ESST dans la dizaine d'années précédant la maladie bovine du fait d'*alertes* successives liées à des contaminations iatrogènes, propres à l'espèce humaine et au cadre médical (c'est l'idée développée par D. Torny dans Fr. Chateauraynaud et D. Torny : *Les sombres précurseurs*, Ed. de l'EHESS, Paris, 1999). La première concerne le décès d'un neurochirurgien, analysé par Gajdusek, auteur du concept d'ESST, qui conseille des précautions à suivre pour pratiquer des biopsies et autopsies sur les patients atteints de démence présénile, lançant ainsi le premier acte de l'alerte médicale (1974). En 1976, il aura le Prix Nobel pour ses travaux sur le kuru, ce qui montre l'intérêt intellectuel de la communauté scientifique pour un problème atypique et le

défi que ces maladies posent à la doctrine pasteurienne, sans que cela ne se marque par un infléchissement des politiques de recherche. A l'occasion de son prix, Gajdusek donne sous forme d'hypothèses les schémas généraux de la transmissibilité de la maladie et de précautions qu'il serait prudent de respecter (NEJ Med.). Par la suite, des alertes plus ou moins importantes ne vont cesser de se succéder : transmission de la MCJ à des patients épileptiques via des électrodes contaminées par un autre patient (1977), puis par une greffe de cornée (1979). A partir de 1985, année où l'on repère la première vache malade, ce sera la contamination des enfants soignés par une hormone de croissance tirée d'hypophyses prélevées sur des cadavres. La réaction américaine sera rapide, la réaction française beaucoup plus lente (*cf.* D. Torny, précité). Le drame touche plusieurs centaines d'enfants dans le monde. Le contexte est donc lourd d'emblée.

2) L'identification de l'ESB et la recherche des causes

L'identification : Les premiers cas d'une maladie étrange des bovins sont détectés en avril 1985 ; en septembre l'analyse en anatomopathologie révèle qu'il s'agit d'une encéphalopathie spongiforme, ce qui n'avait jamais été constaté chez la vache, hormis une observation du XIXème, jamais rééditée. On va passer très vite de ce qui peut n'être qu'une **curiosité scientifique à la reconnaissance de l'existence d'une nouvelle épizootie**. Le milieu des vétérinaires fait rapidement le lien avec la tremblante du mouton et conclut que les deux maladies sont parentes ; dès novembre 1986, trois vétérinaires soutiennent devant des dirigeants des services vétérinaires au ministère de l'agriculture l'idée d'une **nouvelle maladie bovine qui menace d'être importante** ; il n'y a pourtant qu'une centaine de cas sur 11 millions de bovins. La qualification comme maladie épizootique aura pris 18 mois.

La recherche des causes et des conséquences : A partir d'avril 1987, on cherche les causes de l'épidémie en effectuant une *enquête épidémiologique* sur 200 troupeaux comprenant des animaux atteints pour comprendre ce qu'ils ont en commun, et l'on commence des *expériences* de transmission à la souris pour conforter les déductions épidémiologiques. Dans un contexte d'incertitude, il importe de **multiplier les systèmes de preuve de nature différente** puisque aucun d'entre eux n'est totalement convaincant et que l'on ne peut agir qu'à partir d'un *faisceau d'indices* (D. Torny). En **décembre 1987, on s'arrête à l'hypothèse d'une contamination par la voie orale impliquant les farines de viande** utilisées comme compléments alimentaires. La recherche de la cause aura mis deux ans et demi.

3) La question de la preuve scientifique

Il n'y a **pas de preuve expérimentale de l'origine de la maladie, mais des indices convaincants**⁸⁹ issus d'une enquête qui remonte des troupeaux atteints aux fabricants d'aliments pour bétail et tombe assez vite sur la modification du procédé de fabrication des farines animales, effectuée à la fin des années 70 par la plupart des fabricants du Royaume-Uni (sauf en Ecosse où deux usines qui n'ont pas changé le procédé fournissent le territoire ; or il y a très peu de cas en Ecosse). Le nouveau procédé qui abaissait la chaleur de cuisson, supprimait les solvants et la fabrication par lots au profit d'une fabrication en ligne continue paraissait plus économique, plus moderne, plus propre car les solvants sont dangereux pour les travailleurs et l'environnement. On pensait donc faire un progrès ; en même temps, utilisant des matières premières partiellement issues d'animaux malades, il aurait fallu effectuer une balance des risques et des avantages. Si on l'avait faite, on serait tombé sur l'ensemble des connaissances qui viennent d'être décrites, et l'on aurait pu prendre en compte le fait que l'on recyclait ainsi des animaux atteints de tremblante, que la voie orale pouvait être une voie efficace de contamination, que les ATNC n'étaient pas inactivés par les nouveaux procédés, et que dans certaines circonstances une maladie en principe confinée à une espèce pouvait passer à une autre. On connaissait d'autre part le caractère amplificateur et disséminateur des farines dont la fabrication concentre les agents pathogènes issus de sources diverses et les redistribue sur le marché national et international. Le chef des services vétérinaires semble d'ailleurs avoir été opposé au changement.

Cet épisode montre qu'un savoir empirique était disponible ; s'il avait été mobilisé dans le cadre d'une évaluation scientifique du nouveau procédé de fabrication, il aurait été suffisant pour alerter sur les dangers potentiels du changement. Il faut en déduire l'intérêt d'évaluer scientifiquement les procédés de fabrication et pas seulement les produits finis. C'est particulièrement important lorsqu'il s'agit de productions de masse, aptes à recycler, amplifier et disséminer des effets pathogènes.

On peut en tirer un enseignement important au regard du principe de précaution. En effet, il a souvent été affirmé qu'il impliquait **une rupture avec l'idéologie de la preuve scientifique** (sous des formes différentes, Hermitte et Noiville, Godard, Lascoumes) et que cette rupture pouvait entraîner des comportements irrationnels. Or, dans les contextes d'incertitude, il est tout de même rare que l'on ne dispose d'aucune connaissance scientifique. On n'est pas dans le cadre d'une preuve achevée, de nature expérimentale et reproductible, certes. Mais on n'est pas non plus dans le vide, l'intuition ou la divination. Les scientifiques disposent de connaissances fragmentaires qui leur permettent de construire des faisceaux d'indices convergents. Cette notion, familière au juriste qui est le plus souvent obligé de s'en contenter, est plus étrange pour le scientifique pour lequel elle traduit un

⁸⁹ ...qui ne disent rien de la manière dont le premier lot de farine a été contaminé !

inachèvement. **Le domaine du principe de précaution est celui de la décision prise à partir de données scientifiques objectives quoiqu'elles ne constituent pas un savoir achevé et qu'elles ne soient pas susceptibles de constituer des preuves avérées selon les règles de la méthode expérimentale. Elles permettent de construire des faisceaux d'indices suggérant des possibilités théoriques. L'une des difficultés est d'apprendre à manier ce concept de possibilité théorique. Cela signifie qu'un certain nombre d'éléments, ramenés à des modèles et des savoirs préexistants mais pas forcément transposables, rendent la chose possible, quoique l'on n'en ait aucune preuve expérimentale documentée. Mais cela ne dit rien du caractère probable ou improbable de l'événement. Or c'est souvent traduit par les politiques, et parfois par les scientifiques devenus experts en termes de faible probabilité. Le passage d'un concept à l'autre n'est pas admissible.** (Noter la manière dont la Cour de Justice de Luxembourg retient le passage de l'hypothèse théorique à la possibilité d'un lien comme le fondement possible de mesures nouvelles dans le cadre d'un large pouvoir d'appréciation, CJCE, Mai 1998, pts. 50 et sv.).

II.- L'ECHEC DES ANNEES 1988-1990 : POUR AGIR VITE ET LARGE, IL N'ETAIT PAS NECESSAIRE DE CONNAITRE L'ORIGINE ALIMENTAIRE DE LA CONTAMINATION

Si la phase d'identification de la maladie a été exemplaire, la mise en place des mesures le fut beaucoup moins. En effet, les Anglais, qui avaient admis la réalité de l'épizootie fin 1986-début 1987, choisirent d'attendre d'avoir une idée scientifique de sa **cause** pour agir, au milieu de 1988. Cela paraît rationnel. On verra pourtant qu'il aurait été possible de choisir autrement le **moment de l'action**, tout en restant rationnel. Ils ont pris, d'autre part, des mesures étroites qu'ils ont progressivement renforcées. Il semble à l'inverse que le principe de précaution implique, chaque fois que faire se peut, **d'agir d'une manière d'autant plus étendue que l'incertitude est plus forte**, quitte à desserrer l'étau au fur et à mesure que des résultats scientifiques le permettent⁹⁰ –sans se faire d'illusions toutefois : dans les crises qui impliquent de fortes inerties, l'action précoce est tardive, l'épidémie court déjà. Mais agir large, donc de manière coûteuse quand les indices de dérèglement sont encore très faibles, risque d'être mal compris de ceux qui auront à appliquer ces mesures et peuvent entrer en résistance. C'est l'un des **paradoxes de la culture de précaution**.

⁹⁰ C'est ce qui avait été fait pour le génie génétique avec le moratoire d'Asilomar, et qui a bien marché pour l'utilisation confinée des OGM. A l'inverse, la politique de dissémination a probablement été trop rapide

1) Agir sur le territoire national

Entre le début de la contamination, vers 1980, et l'identification de la forme épizootique de la maladie se sont écoulées au moins **sept années de recyclages pendant lesquelles rien ne pouvait être fait**. A l'inverse, plusieurs actions étaient possibles à partir du début de 1987, quand on ne suspectait pas encore les farines animales. On pouvait tout de suite décider **l'interdiction de la consommation du système nerveux central** car, dans toutes les ESST, le système nerveux central est contaminé. En effet, même si l'on ne savait rien de la possibilité de transmission à l'homme, on savait que des transmissions interspécifiques par la voie orale s'étaient déjà produites. L'interdiction de consommation du SNC n'était donc pas une mesure hors de portée. C'est ce que recommandera le Comité Southwood en 1988, insistant particulièrement sur les petits pots pour bébés. Mais le gouvernement n'agira qu'en novembre 1989, interdisant tous les abats bovins, même lorsque les bêtes paraissent en bonne santé, ce qui évite la contamination par les bêtes en phase préclinique. Pour les petits pots pour bébés, il se contentera d'une simple recommandation aux fabricants malgré le caractère hypersensible de la question. Enfin, il ne cherche pas du tout dans quels produits dérivés il faut contrôler que ces abats ont été effectivement supprimés. C'est pourtant dans ce que l'on appellera les VSM, viandes séparées mécaniquement, que l'on retrouvera l'essentiel des éléments contaminants : hamburgers, steaks hachés, saucisses, pâtés à la viande, raviolis, sauces, soupes, vol-au-vent... On ne voit pas davantage d'attention portée aux gélatines et aux suifs qui se retrouvent pourtant dans de multiples produits. **Or il ne sert à rien d'interdire un produit brut, en l'occurrence les abats blancs, si l'on ne vérifie pas les filières dans lesquelles il est intégré. Cela pose le problème de la traçabilité.** Que faire en période de crise, lorsqu'une telle traçabilité n'est pas déjà en place ? On ne peut demander aux agents de l'Etat de la créer en un trait de temps. Il faudrait pouvoir **constater l'état de crise comme l'on constate l'état de catastrophe naturelle, et obliger les utilisateurs du produit incriminé à faire connaître leur existence sous peine de lourdes sanctions pénales et économiques. On retrouvera à plusieurs reprises cette idée d'un droit de crise imposant des obligations spéciales dans le cadre de procédures précises.**

On pouvait d'autre part décider un début de politique d'abattage. Certes, on ignorait les modes de transmission exacts, mais une politique d'abattage classique portant sur les bêtes en phase clinique, pouvait déjà être commencée et porter au moins sur les bêtes malades et leur descendance, en référence au modèle de la tremblante du mouton, transmissible aux agneaux. Il fallait, au titre de la précaution, garder des tissus des animaux concernés pour pouvoir effectuer toutes les études nécessaires.

Etait-il pensable de décider d'incinérer les animaux malades et leur système nerveux central plutôt que de les recycler, ce qui aurait réduit d'autant la pression infectieuse ? C'est discutable. Incinérer les restes était contraire à la pratique admise depuis longtemps, de

recycler les animaux malades, ce qui était une façon de les éliminer. Mais deux savoirs avérés auraient pu inciter à retenir cette solution : d'une part, la contamination des visons par des carcasses de moutons atteints de tremblante, d'autre part parce que l'on savait que le procédé de fabrication des farines n'inactivait pas les ATNC. Pouvait-on imaginer abattre tout le troupeau ? En principe, c'est ce que l'on pratique pour les seules maladies contagieuses, ce que les encéphalopathies ne sont pas. Pour les maladies transmissibles, on cherche à éviter la transmission dont le mode était alors inconnu. C'était donc d'autant plus difficilement pensable que les troupeaux concernés sont de très grands troupeaux, ce qui induit une perte économique considérable. **Des mesures aussi larges et précoces n'auraient donc pu être décidées qu'en application d'un strict principe de précaution, quasi inexistant à l'époque.**

L'action ne commencera donc que lorsque les farines auront été reconnues cause de l'épizootie. Une commission d'experts, la commission Southwood en tire les conséquences qui seront en partie traduites dans la forme juridique en juillet 1988 par le Bovine Spongiform Encephalopathy Order 1988 (SI 1988, n° 1039, 1345 et 1346) et un certain nombre d'actes subséquents. Le rapport ne sera publié qu'en février 1989, mais les conclusions seront progressivement transmises au gouvernement et rendues publiques ; cette **progressivité est normale** dans le cadre du principe de précaution où les résultats doivent être dévoilés le plus rapidement possible, sans attendre que l'ensemble soit terminé. Le comité Tyrell est alors mis en place pour organiser l'effort de recherche, qui sera considérable, et le SEAC pour la gestion. Cela paraît être un bon partage des tâches.

On fait de la BSE une *maladie à déclaration obligatoire*, dans un **objectif de surveillance** que tout le monde reconnaît comme une caractéristique du principe de précaution. Notons simplement qu'il n'était pas nécessaire de connaître l'origine alimentaire de la maladie pour le faire. On oblige à *l'abattage des bovins suspects et à la destruction des bovins dont l'atteinte est confirmée, ce qui aurait pu être fait plus tôt. Les Anglais semblent donc avoir besoin d'un motif précis pour le décider : la justification est qu'il ne faut pas recycler. On détruit la litière, les eaux fœtales et le placenta des vaches gestantes. C'est une stratégie propre aux maladies transmissibles par le cadavre ou lors du vêlage (dans l'incertitude sur l'ensemble des modes de transmission, application du modèle de la tremblante du mouton). On fait le choix de ne pas abattre l'ensemble du troupeau. Abattre l'ensemble est en effet une technique de confinement des épizooties, caractéristique des maladies contagieuses, ce qui n'est le cas d'aucune ESST. Mais on peut douter que cette distinction entre transmission et contagion soit suffisante à elle seule, car elle ne permet pas de rendre compte des hypothèses de commune exposition au risque des animaux d'un même troupeau, généralement nourris suivant les mêmes principes. Retenons que l'un des concepts importants de la culture de précaution est la notion de commune exposition au*

risque qui doit compléter celle, plus ancienne, d'épidémie par la voie de la contagion *stricto sensu*. En effet, les atteintes collectives à la vie humaine, souvent qualifiées de manière imagée d'épidémies, viennent aujourd'hui davantage d'une **commune exposition au risque** (accidents d'auto, tabac, produits chimiques, pollution atmosphérique, radiations, etc.) que de maladies contagieuses *stricto sensu*. Or, **s'il existe bien un droit spécifique des situations de contagion destiné à accroître l'efficacité de l'intervention de l'Etat, ce mécanisme n'existe que de manière très imparfaite en cas de commune exposition à un risque (par exemple en matière de retrait de produit dangereux). Il conviendrait, dans le cadre du principe de précaution, de repenser ces mécanismes juridiques comme un tout.**

Les Anglais estiment qu'ils ont eu raison d'éviter l'abattage de la totalité du troupeau, puisque le nombre d'animaux malades dans un même troupeau est toujours resté modeste. On peut estimer au contraire qu'ils ont eu tort car cela a relancé dans le circuit les animaux en cours d'incubation. Par ailleurs, ils n'ont pas cherché à abattre la descendance des vaches concernées, ce que suggérait pourtant le modèle de la tremblante. Ces deux éléments ont contribué au développement de la maladie.

La question des farines animales est plus complexe. La Grande-Bretagne prend dès le 18 Juillet 1988 une mesure bien conçue sur le plan scientifique, et pourtant inefficace, c'est l'interdiction d'utiliser des protéines de ruminants pour l'alimentation des ruminants. L'exclusion des ruminants concerne les deux sources possibles de la contamination originelle du système, le mouton et le bœuf, ce qui est rationnel. Elle s'adresse à **tous les ruminants qui se trouvent dès lors, en principe, protégés s'ils sont nés après le 18 Juillet** ; c'est bien conçu pour éviter de continuer la contamination des bovins et peut-être d'accentuer une contamination des ovins. Mais les bovins nés avant cette date ne sont abattus que s'ils sont en phase clinique. Dès lors, ceux qui sont en phase préclinique vont entrer dans la composition de la nourriture destinée aux porcins, aux volailles, aux poissons (cf. A. Brizay, et al. : *La vache folle, d'une crise sanitaire à une crise politique et économique*, ENGREF sous la direction de B. Wolfer, 1997) ; il aurait fallu éliminer totalement les ruminants de toutes les farines. Du coup, on constate que des bovins nés après le 18 Juillet continuent de tomber malades. Les causes en sont multiples : liquidation des stocks contaminés pendant plusieurs mois après l'interdiction, possible transmission materno-fœtale, mais aussi distribution aux bovins des farines destinées aux autres animaux, contaminations croisées chez les fabricants de farine qui n'inactivent pas les équipements entre les moments de fabrication destinés aux porcs et ceux destinés aux bovins. Le 25 Septembre 1990, on cherche donc à sécuriser la nourriture de ces autres animaux en interdisant d'incorporer les abats à risques des bovins de plus de 6 mois (plus jeunes, ils n'ont pas mangé de farine en principe ; mais la nourriture des veaux n'est pas toujours

rassurante). A partir de cette date, les animaux sont donc en principe totalement protégés, quelle que soit la farine qui leur est distribuée, à moins que l'agent de l'ESB ne soit passé au porc ou que d'autres tissus soient infectieux chez les bovins. Or la maladie continue, certes à un rythme beaucoup plus lent. C'est ainsi que les Anglais décident finalement d'interdire toutes les farines de tous les mammifères à tous les animaux de ferme (les poissons, les volailles, les animaux sauvages, les animaux de cirque continuent d'être potentiellement menacés).

On constate donc une évolution qui part d'une approche scientifique des mesures à prendre, pour finalement prendre en compte les contingences du processus de fabrication et des utilisations, qui implique des inattentions, des fraudes, des inadaptations des équipements utilisés. C'est une leçon qui sera retenue par le Comité Dormont qui essaye toujours de s'interroger sur **la praticabilité des mesures dans le monde concret où elles sont destinées à être mises en œuvre et d'intégrer les inévitables erreurs, fraudes, dysfonctionnements divers**. (Cf. l'application de cette idée à propos de la peste porcine dans TPICE, 15 Avril 1997, Rec.II, 501 ; le TPI intègre la circonscription administrative dans le choix des zones reconnues contaminées en raison de l'organisation des contrôles, pt. 101 ; on le constate encore dans les arrêts sur l'affaire de la vache folle où la Cour reconnaît la légitimité de mesures provisoires et larges en attendant les informations complémentaires sur la mise en œuvre des mesures de protection, CJCE 5-98 pts. 108, 110). L'exigence de praticabilité des décisions fait peser le doute sur les mesures très casuistiques, apparemment rationnelles sur le plan scientifique, mais difficiles à mettre en œuvre dans le système de production et de commercialisation. Cela aboutit souvent à une interdiction plus radicale que ce qui aurait été strictement nécessaire. C'est ce que l'on a constaté dans le processus d'interdiction des différents types d'amiante (remarquer les propositions de J. Bignon et P. Brochard, qui, pour limiter l'interdiction à ce qui est nécessaire, la rendre complexe et difficile à mettre en œuvre, Annales des Mines, Juillet 1996, p. 65).

Le principe de précaution implique donc de développer des réflexes sur des points répétitifs tels que la question des **stocks** de produits contaminés. Comment les récupérer ? Faut-il toujours indemniser ? En France où des stocks de viande anglaise ont été consignés en vue de leur destruction, une affaire jugée à Poitiers permet de se rendre compte de la difficulté du problème et de la nécessité de mieux penser l'organisation juridique de ces consignations. L'Etat a en effet été condamné par le tribunal administratif de Poitiers à indemniser l'intégralité des stocks d'une entreprise au motif qu'elle n'avait pas les moyens de repérer les viandes d'origine anglaise : l'arrêté l'obligeant à conserver des traces comptables n'était pas rédigé avec suffisamment de précision (TA Poitiers, 8 Avril 1998, concl. D. Raymond, Revue de droit rural n° 267, Novembre 1998). Cette question est à reprendre

entièrement pour que de telles décisions, indispensables à l'application du principe de précaution, ne soient pas trop coûteuses pour l'Etat.

On constate également qu'il n'est pas opportun d'agir dans un cadre étroit pour élargir progressivement les mesures au fur et à mesure que l'on constate l'inefficacité des premières décisions. On pourrait dire que, **plus l'incertitude est grande, plus il faut agir large, quitte à réduire progressivement les précautions au fur et à mesure de l'amélioration des connaissances** (G. Pascal fait remarquer que c'est la pratique du codex alimentarius, *in* Principe de précaution et sécurité des aliments, INRA, 27 Avril 1999 sous la direction de M.Chambolle ; *cf.* aussi la comparaison des stratégies allemande et belge en matière de peste porcine, TPI, *op.cit.*).

Devant les imperfections de la gestion de la crise concernant ces farines, on est évidemment tenté de vouloir remonter aux décisions qui ont conduit à nourrir des bovins avec des protéines issues de cadavres d'animaux –en faisant attention à éviter les anachronismes : il ne s'agit pas de trouver les responsables d'une époque où l'idée de précaution n'était pas encore formulée, mais de comprendre comment, aujourd'hui, concevoir et mettre en œuvre ce principe.

Les farines dites animales, recyclant des animaux malades ont été utilisées depuis le XIXème, sans dommage ou au moins sans catastrophe (Y. Soyeux, B. Wolfer, ENGREFF). Elles se sont généralisées depuis les années 60–70 pour permettre la satisfaction des besoins en protéines des ruminants. En effet, si les ruminants sont herbivores, ils ont des besoins en protéines, tant sur le plan quantitatif que qualitatif. Ces besoins sont normalement assurés par la fermentation permise par les microorganismes durant le processus de rumination. Or l'amélioration génétique a porté sur des objectifs limités : faire produire à un animal le maximum de lait, l'amener le plus vite possible au poids de viande escompté. Elle n'a pas su augmenter de concert le rendement naturel de la rumination, qui n'a pas été retenu comme critère de sélection. Dès lors, les animaux se sont trouvés en déséquilibre physiologique, et il a été nécessaire de leur fournir des protéines complémentaires (problème quantitatif), dont la digestibilité soit contrôlée (problème qualitatif) : **on peut constater *in concreto*, les engrenages négatifs de filières de recherche conçues pour satisfaire des besoins à court terme.** On pouvait passer soit par des végétaux particulièrement riches en protéines comme le soja et le maïs, soit par des animaux, et l'on peut tenter de faire une analyse comparée des avantages et des inconvénients de chaque source de protéines.

Les protéines végétales ont des avantages et des inconvénients. Du côté des risques actuels, il faut compter l'ensilage : il est propice aux listérioses et salmonelloses, et certains scientifiques affirment que 90 % des animaux de boucherie sont cirrhotiques à cause de cette fermentation qui produit de l'alcool (Cl. Bourguignon, EDJ, 11 Avril 1996). Du côté des

risques potentiels, retenons que l'augmentation de la teneur en protéines est réalisée aujourd'hui par des plantes transgéniques, avec toutes les réserves qu'elles provoquent chez les consommateurs. **Si l'on en revient aux protéines végétales, il faudra alors d'importants crédits de recherche en amélioration végétale pour développer des protéagineux, européens d'une part, non transgéniques de l'autre, et résoudre les problèmes liés à l'ensilage.** Pour les inconvénients, il faut ajouter la dépendance économique à l'égard des Etats-Unis, grands producteurs de tourteaux de soja. Un tel retour impliquerait encore de résoudre d'importants problèmes liés à l'autolimitation des surfaces cultivables en oléagineux protéagineux que les européens ont consentie dans les accords de Blair House (Rapport Guilhem - Mattei t.II 180). Le problème est difficile mais peut être l'occasion de remettre à plat des négociations agricoles qui, dans leur ensemble, ne paraissent pas donner satisfaction aux consommateurs européens.

La source animale au contraire permettait l'indépendance économique, le recyclage de la viande propre à la consommation mais délaissée par les consommateurs (le cinquième quartier), une bonne qualité de protéines pour un coût très faible. Face à tous ces avantages, le recyclage des viandes impropres à la consommation a été certainement une erreur tant d'un point de vue scientifique, tout le monde reconnaissant qu'il est impossible d'être sûr d'inactiver à 100 % tous les agents pathogènes potentiels, que du point de vue de l'image de l'élevage. Mais à l'époque, elle a été analysée comme un avantage car elle permettait d'éliminer les animaux malades d'une manière qui paraissait écologique. **L'affaire de la vache folle, jointe à celle de la dioxine et plus largement à l'utilisation des boues d'épuration et autres déchets, devrait être l'occasion de reconsidérer l'idéologie du recyclage,** qui dans de nombreux cas, fait l'objet d'un certain consensus entre industriels et écologistes. C'est en réalité au cas par cas qu'il faudrait examiner ses risques et ses avantages.

On le voit, l'évaluation originelle n'était pas si évidente. Elle n'aurait pu le devenir que si l'on avait fait intervenir le **consommateur**. Il paraît peu probable qu'il ait cautionné le recyclage des viandes impropres à la consommation, et les enquêtes qui ont été menées depuis lors, révélant la composition de certaines de ces farines, renforcent ce sentiment : eaux de lavages, déchets de fosses septiques et stations d'épuration, métaux lourds, huiles de vidange, placentas humains, argile piégeant la dioxine, rien de tout cela ne paraît acceptable (rapport de la DGCCRF, article du Canard Enchaîné, Le tour de France de l'horreur alimentaire, 9 Juin 1999, repris par Bruxelles et dans le Monde du 15-16 Août, Le Monde, 25 Août 1999) .

Au-delà de ces compositions peu appétissantes, on peut se demander si le consommateur n'aurait pas purement et simplement refusé l'idée même de farines d'origine animale. "La loi que l'homme n'a pas respectée dans l'affaire de la vache folle est qu'on ne transforme pas, par avidité, un animal végétarien en un animal carnivore" dira F. Ricardi (au-

delà de l'information, Agence Europe, 18 Septembre 1996). Cette phrase montre bien les différences de points de vue. **Pour le scientifique, la vache est un "herbivore" qui a besoin de protéines, molécules chimiques qui peuvent être obtenues par diverses voies de production : l'origine de la protéine n'a aucune importance symbolique, elle est seulement plus ou moins chère, plus ou moins pure, plus ou moins adaptée. Pour le consommateur, la vache est "végétarienne" et la source animale des protéines la rend carnivore ; l'origine de la protéine est essentielle. Ce sont deux univers de représentations distincts dont le distance ne sera pas réduite par un surplus d'éducation (contra Rapport Guilhem - Mattei). Des affaires comme celles-là montrent l'absolue nécessité du contrôle de l'alimentation par les consommateurs appelés à l'ingérer. Il n'est pas pensable de continuer à s'appuyer sur l'opacité des procédés de fabrication pour faire acheter au public une nourriture qu'il ne consommerait pas s'il savait ce qu'elle contient ou la manière dont elle est fabriquée ; cette idée vient d'être exprimée de manière forte sous la forme d'un droit des peuples à choisir librement leurs modes alimentaires** (Le soutien de paysans américains à José Bové, Le Monde, 4 Septembre 1999).

2) La gestion internationale de l'épizootie par la Grande-Bretagne

La Grande-Bretagne a sciemment bradé à l'exportation ses farines contaminées. C'est l'avis le plus communément partagé, et pas totalement illégitime (sur le crime industriel de l'exportation, cf. D. Torny, *op.cit.* et Guilhem - Mattei, t. II 16), même si les choses sont en réalité plus complexes. Sa seule initiative fut la déclaration de la maladie à l'Office International des Epizooties (OIE), dès le mois de mai 1988, donc au moment où elle décide d'agir sur son propre territoire. On notera ce fait étrange, que personne ne semble avoir fait, en 1988, d'analyse de la capacité de cette maladie animale à franchir les frontières. Elle pouvait s'étendre de plusieurs manières. Par les **animaux vivants** en premier lieu, dont la Grande-Bretagne était grande exportatrice (veaux, bêtes adultes, reproducteurs, sperme, embryons ; apparemment la consommation de viande britannique en France atteignait 20 %). Or elle n'a mis d'elle-même aucun frein à ses exportations, ce qui implique la consommation d'un certain nombre de bêtes en cours d'incubation et un certain recyclage chez les fabricants de farines continentaux qui, apparemment, inactivaient mieux leur produit que les Anglais. Ce n'est que le 28 Juillet 1989, que la CEE lui interdit d'exporter les bovins nés avant le 18 Juillet 1988 (date de la première modification portant sur les farines, modification dont on connaît l'insuffisance). En février 1990, la CEE limite l'exportation aux bêtes de moins de 6 mois (réputées n'avoir jamais mangé de farine). Pour les embryons, ce n'est qu'en 1992 que la CEE va interdire le commerce des embryons de vaches susceptibles d'être atteintes d'ESB. **Elle a donc exporté longtemps en toute légalité.**

On peut se demander si c'était à elle de prendre l'initiative de protéger les nationaux des autres pays mieux que les siens propres (Martin Hirsch et al. : *L'affolante affaire de la vache folle*. Ils sont les seuls à faire remarquer que les commentateurs se sont peu intéressés au sort des citoyens britanniques). D'un autre côté, il n'est pas légitime d'internationaliser un problème national, et cela devrait compter au rang des **faits internationalement illicites sur le modèle interne du délit de propagation d'épizootie**. L'acceptation d'une certaine hauteur de risques faite par le gouvernement britannique pour protéger les intérêts des éleveurs ne concerne pas les consommateurs des autres pays (*cf.* accords SPS). C'est un problème qui est aujourd'hui mal pris en compte par les mécanismes du droit du commerce international, que ce soit dans le cadre déjà très intégré de l'Union européenne ou que ce soit, surtout, dans le cadre peu harmonisé de l'Organisation Mondiale du Commerce. L'épidémie peut également se propager par les abats à risques ; dans ce cas, la Grande-Bretagne interdit en même temps l'intégration de ces abats dans la nourriture des porcins sur le territoire national et à l'exportation (25 Septembre 1990). Pour les farines, le mécanisme caricatural a beaucoup frappé les esprits. Pourtant, la Grande-Bretagne n'a pas "liquidé" des stocks dont la vente aurait été illicite sur son territoire. La fabrication et la vente de ces farines que l'on savait contaminées, étaient licites. Seul l'usage était interdit aux ruminants sur le seul territoire anglais. Les prix à l'exportation étaient particulièrement attractifs en raison de la simple application de la loi de l'offre et de la demande, puisque la demande propre à l'espèce bovine avait disparu en Grande-Bretagne ; les prix devaient mécaniquement baisser, ce qui a entraîné un doublement des exportations (Nature, 13 Juin 96, 544, Declan Butler ; à l'inverse, l'interdiction de 1990 portant sur les abats spécifiés était valable également à l'exportation mais n'a pas été effective). En France en 1988-1989, les farines anglaises seront donc utilisées comme aliment - sécheresse, **sans mise en garde des autorités qui ne s'alarmeront que pendant l'été 1989, ni des exportateurs, contrairement à l'article 3 de la loi du 21 Juillet 1983 qui fait obligation de diffuser les mises en garde et précautions d'emploi**. Le premier problème est que ces exportations licites n'aient pas été accompagnées de mises en garde expliquant les limites d'utilisation, si tant est qu'une mise en garde aurait pu être efficace, ce que je crois pas.

Faute de place, je ne ferai pas l'analyse des dispositions européennes. Il est possible de se référer aux analyses du Parlement européen et de Cl. Blumann et V. Adam (La politique agricole commune dans la tourmente : la crise de la vache folle, RTDE n° 2, 1997, 239 ; *cf.* aussi les deux numéros de la revue de droit rural, Mars 1997 et Janvier 1998). J'insisterai uniquement sur le point qui me paraît être le plus important, l'inapplication des contrôles vétérinaires applicables dans les échanges intracommunautaires. En effet, le système européen et international de gestion de la sécurité des produits repose entièrement sur le **principe de la confiance réciproque**. Autrement dit, chaque pays est censé n'exporter que des produits sans danger, qu'il a contrôlés : c'est le pays expéditeur qui est

responsable de la qualité des produits, le pays receveur ne pouvant effectuer que des contrôles par sondage à la condition qu'ils ne gênent pas les courants d'échange. Toute la sécurité des produits a été enlevée au pays importateur, soupçonné de n'avoir de réticence que protectionniste, et remise entre les mains du pays exportateur, réputé loyal. L'ensemble du système de libre-échange repose sur cette inversion des anciens principes douaniers, et, dans l'ensemble, donne satisfaction. Néanmoins, une crise comme celle de la vache folle montre que la base du système est viciée, au moins en cas de crise, et les tensions sur le marché des OGM ou des viandes aux hormones montrent que le système ne donne pas satisfaction aux consommateurs (sur l'adhésion douteuse des Etats membres au principe de loyauté, cf. aussi l'attitude l'Allemagne au regard de la peste porcine, TPI 15 Avril 1997, Schröder c. Comm. Rec. II, 501). C'est toute la **philosophie réglementaire du libre-échange qui peut être mise en cause par cet exemple, et devrait être revue au filtre d'un droit de crise ; fondé sur le principe de précaution, il devrait permettre la suppression du principe de confiance légitime en cas de crise sanitaire. En dehors des périodes de crise, il devrait reconnaître le droit des peuples à définir librement leurs modes alimentaires.**

On remarquera qu'il n'existe pas de **procédure d'alerte internationale** applicable à ce genre de situations (cependant réforme du droit européen dans le domaine vétérinaire, sans que la récente crise belge n'ait pu convaincre de son efficacité D. 26 Juin 1990, JOCE du 18.8.90 L 224/19 et quelques mécanismes à l'OIE). C'est l'un des points les plus importants des réformes qu'il faudrait mettre en place. Dès qu'un produit ou un procédé fait l'objet d'une interdiction sur un territoire, l'interdiction et sa **motivation** accompagnée d'un dossier scientifique devraient être relayées en temps réel sur le plan international (songeons par exemple que l'UE a, le 4 Mai 1999, interdit la commercialisation et l'utilisation de tous les types d'amiante à partir de 2005, mais que rien ne semble empêcher les exportations de ce produit dont on estime qu'il fera 9 000 morts par an en Europe de l'Ouest en 2018, Le Monde, 9-10 Mai 1999 ; il faut noter que lors de l'embargo de 1996, la Commission a interdit à la Grande-Bretagne toute exportation, y compris vers les pays tiers, mais sur le fondement du risque de détournement de trafic, donc de réintroduction dans l'espace communautaire, CJCE 98, 109). Il serait nécessaire d'envisager un **instrument international** qui aurait deux objectifs :

Interdire purement et simplement la vente à l'exportation des produits interdits sur leur marché national sauf raisons particulières (exemple, le DDT peut être utile dans les pays où sévit le paludisme).

Obliger chaque pays qui fabrique le même type de produit à reconsidérer la qualité des produits et la fiabilité des procédés de fabrication des produits du même type, et à motiver les raisons de leur maintien sur le marché (exemple vérifier le procédé de fabrication des

farines animales en France dès que sont suspectées les farines anglaises et expliquer en quoi il est susceptible d'inactiver les ATNC).

II ème Partie : UNE CRISE QUI MET PROFONDEMENT EN QUESTION L'ORGANISATION DE LA RECHERCHE ET DE L'EXPERTISE

Une société technologique ne peut être gérée qu'en s'appuyant sur des données scientifiques ; les politiques affirment toujours avoir suivi strictement les avis des experts (contra M. Hirsch et al.), et certains commentateurs ont critiqué l'embargo de 1996 sur la viande anglaise, le muscle étant réputé non contaminant (M. Hirsch, B. Wolfer, Esprit, 1997). Si tout le monde admet que la science a un rôle à jouer (L. Lorvellec parle de manière un peu réductrice de légitimation, *in* L'action des autorités publiques françaises dans la crise de la vache folle, Revue de droit rural, n° 252, Avril 1997), on admet non moins généralement que cela n'exclut pas l'autonomie des choix politiques, et que le principe de précaution est un outil juridique de cette autonomie (L. Lorvellec, *op.cit* p.223 et sv.) : l'embargo sur la viande est une manifestation de méfiance à l'encontre de la viande anglaise, mais plus encore une sanction économique, juridique et morale contre une gestion de crise jugée déloyale. Le principe de précaution est l'occasion de clarifier le contenu de quatre "métiers", celui de scientifique, d'expert, de conseiller et de politique : les confusions et dysfonctionnements connus sont devenus une source de contestation politique.

I.- La recherche⁹¹

La recherche au sens académique du terme doit être distinguée de l'expertise. On verra que ni leurs sources, ni leurs méthodes, ni la présentation de leurs résultats ne peuvent être confondus. L'affaire de la vache folle met en lumière des impératifs qu'il n'était pas évident d'apercevoir à travers d'autres expériences.

1) La recherche et ses marges

Les problèmes nouveaux surgissent par hypothèse dans des champs peu couverts par la recherche scientifique. Cela avait été le cas des rétrovirus au moment du sida, cela fut le cas des ESST avec la vache folle. Les connaissances disponibles n'étaient partagées que par un très petit nombre de scientifiques dans le monde, travaillant à la marge de leurs institutions de recherche, et ce n'est pas le Prix Nobel de Gajdusek qui changea cette réalité.

Il importe donc que chaque institution de recherche respecte ses marges, autrement

⁹¹ Je ne reprendrai pas l'ensemble de la question, abordée en profondeur par Guilhem-Mattei t.II, 12, mais seulement des points qui me semblent avoir été sous-estimés.

dit que la programmation de la recherche ne soit pas totalement rationalisée. On remarquera qu'en l'occurrence, cela n'a pas empêché les scientifiques d'alerter les autorités à temps (M. Savey alerte la DGAL dès 1988, à partir d'une simple synthèse bibliographique de ce qui se passait en Grande-Bretagne, Esprit, 1997, 102).

2) La mobilisation en période de crise

Entre l'alerte réussie et la mobilisation d'une "**recherche de temps de crise**", il y a une différence considérable et le passage n'a pas été très réussi en France. Pourtant, l'atteinte du cheptel français avait été annoncée très tôt et les scientifiques ne s'étaient pas trompés sur la date (1991). Cela aurait dû conduire à une certaine mobilisation de la recherche, tant au ministère de l'agriculture qu'au ministère de la santé, à partir de 1990 au plus tard, lorsque la contamination des chats laisse pressentir un élargissement du champ d'action de l'agent de l'ESB. Or, ce n'est qu'en 1992 que le seul ministère de la recherche demandera un premier avis à D. Dormont ; mais la mise en œuvre de ses suggestions sera partielle et ne commencera qu'en 1995. En 1999, le laboratoire haute sécurité destiné aux gros animaux n'est toujours pas construit, alors qu'il a été demandé en 1996, interdisant toute expérimentation sur les ruminants ou sur les porcins où elle serait pourtant bien nécessaire.

Pourtant, le principe de précaution, parce qu'il implique des situations d'incertitude scientifique, nécessite une politique de recherche soigneusement pensée. **Bien loin d'être comme le croient certains, un point d'appui pour des décisions irrationnelles, voire anti-science, il devrait être, s'il était vraiment mis en œuvre, un puissant moteur de recherches inattendues.** Les axes de recherche tracés par D. Dormont en 1992 n'ont été réalisés que lentement et partiellement. Or, le problème est celui d'une mobilisation rapide. **Il faudrait donc disposer d'une stratégie de recherche de crise : serait-il impensable que chaque ministère soit obligé chaque année de participer à un fonds de placement où les crédits pourraient s'accumuler et être rapidement débloqués en cas de crise impliquant de créer un nouveau milieu de recherche, de renforcer ou redéployer des moyens existants ?**

Il serait également utile d'obliger le pouvoir politique qui crée une commission d'experts à rendre compte par des avis motivés des raisons pour lesquelles il suit ou ne suit pas les conseils qui ont été prodigués. On verra que l'on retrouvera fréquemment cette idée d'une obligation de retour d'information sur ce qui a effectivement été mis en œuvre.

Il faut aller plus loin et évoquer la question du choix des grandes lignes de recherche.

3) La participation du public à la définition des choix de recherche

P. Tambourin et Fr. Grosclaude ont expliqué à la commission d'enquête parlementaire comment leurs organismes de recherche décidaient, entre scientifiques, des "grands axes" de recherche, en "tenant compte" des besoins, voire des attentes de la société –le plus profond mystère planant sur la manière dont ils découvrent ces besoins et ces attentes. La méthode ne doit pas être la bonne, quand la recherche technologique débouche

sur un mode de nutrition des animaux aussi manifestement éloigné de ce que souhaite le public, le concept “d’horreur alimentaire” ayant acquis droit de cité depuis les révélations de la presse sur l’alimentation des animaux et, plus largement les modes de confection de nombreux produits alimentaires. Où mettre le citoyen ? Sur ces grands axes ? probablement, mais aussi sur la manière dont on peut les réaliser. C’est ainsi qu’il semble avéré aujourd’hui, que les citoyens souhaitent une double filière OGM-non-OGM. Encore faut-il, pour réaliser ce souhait que la **sélection végétale traditionnelle** reçoive suffisamment de crédits pour continuer de progresser. **Il faut, par la participation des citoyens, vérifier que les choix techniques qui résultent de la recherche ne s’éloignent pas de ce qui paraît raisonnable à ceux qui financent, in fine, la recherche, et en utilisent les résultats.**

4) L’oubli de la recherche fondamentale

Un élément frappant de la crise de la vache folle tient à la distorsion entre l’intérêt social très marginal que semblaient avoir les ESST (nombre de morts), et qui pouvait justifier le désintérêt marqué de certains instituts de recherche, et leur très grand intérêt fondamental. En effet, il paraît assez évident que la biologie n’a pas fait de progrès théorique très marquant depuis la découverte des gènes et des premiers mécanismes de fonctionnement des génomes. Or, il semble non moins évident que c’est en travaillant aux marges de ces grandes règles, sur tout ce qui semblait ou semble encore leur échapper –les rétrovirus, les ATNC- que l’on a le plus de chances de faire des progrès théoriques. Le fait pour D.Dormont d’avoir orienté ses recherches sur les rétrovirus et les ATNC lui a finalement donné, outre un savoir peu partagé devenu brutalement précieux, l’habitude des maladies émergentes, des crises sanitaires, et une doctrine sur l’expertise et la précaution (dir. G. Paillotin, *European agricultural research in the 21st century*, INRA ed. et Springer, 1998, p. 280).

Autrement dit, si l’on peut éventuellement comprendre que l’INRA et l’INSERM se soient, jusqu’en 1988, peu intéressés aux ESST en raison de leur vocation à la recherche appliquée, ce n’est pas admissible pour le CNRS, quelle que soit l’époque à laquelle on se place (Guilhem - Mattei t.II p.38). L’audition de P.Tambourin devant les parlementaires laisse au minimum perplexe lorsqu’il affirme que les ESST n’étaient pas du ressort du CNRS car elles ne permettaient pas d’espérer des progrès dans les domaines fondamentaux (Guilhem - Mattei t.II, p. 40, 41 et 77. De même, comme chercheur au CNRS, je ne vois pas de quelles structures de vigilance dispose cet organisme, p. 41, ce qui est une grave lacune).

5) Recherche et coopération internationale

L'ESB est née et s'est développée de manière massive sur le seul territoire britannique : l'urgence des recherches y était plus visible qu'ailleurs, ce qui a entraîné une forte mobilisation en personnels, équipements et en fonctionnement. Par ailleurs, le matériel biologique nécessaire aux expérimentations était concentré et reste largement concentré en Grande-Bretagne. Faire des expériences sur la transmission entre la vache et son veau en utilisant suffisamment de sujets pour que les résultats aient un sens n'est possible qu'en Grande-Bretagne. Pour autant, la maladie avait une vocation à s'internationaliser, et il était important pour les autres pays de savoir comment s'en protéger. Or, on constate, jusqu'à la mise en place des actions européennes, l'absence presque totale de la coopération internationale et parfois, ce qui est plus grave, des rétentions d'informations, outre une conception étroitement nationaliste au mauvais sens du terme de l'organisation des recherches.

a) La rétention des informations scientifiques

Les scientifiques français ont laissé entendre à de multiples reprises que les informations qui permettent d'établir qu'un pays est exempt de l'ESB sont plus que douteuses. En effet, un certain nombre de pays ayant utilisé des farines anglaises n'ont pas déclaré de cas, les Etats-Unis dont certaines usines utilisent le même procédé de fabrication pas davantage, pourtant la maladie américaine de la "vache couchée" ressemble à l'ESB sans que personne n'ait pu vérifier ce qu'il en était exactement (Guilhelm - Mattei t.II, 132). C'est anormal. **Il faudrait imaginer des mécanismes de vérification, des sortes d'audits internationaux obligatoires. Dans une affaire comme celle-là, constatant ce genre de déficit d'information, on ne peut s'empêcher de penser que les fonctions et les pouvoirs de l'Office international des épizooties ne sont plus adaptés aux besoins et aspirations contemporains ; une ingérence sanitaire n'est pas absurde dans le cadre du libre-échange. Le pays qui s'y refuserait ne devrait plus bénéficier de la protection des règles du commerce international.**

De la même manière, on constate que les travaux scientifiques qui ont provoqué l'annonce de la possible transmission à l'homme le 20 Mars 1996 n'ont été publiés que le 6 Avril ; or, entre novembre 1995 où les deux premiers cas de nouveau variant avaient été publiés, et février 1996, huit nouveaux cas avaient été identifiés et non publiés, ce qui est contraire à la déontologie scientifique (M. Savey, Esprit, 111), et plus encore à ce que devrait être la coopération scientifique internationale en matière de gestion de crise. Au colloque sur les ESST qui se tenait à Paris du 18 au 20 Mars, les scientifiques britanniques ont été rappelés par leur gouvernement sans avoir fait de communication, consigne de silence leur ayant été donnée. Les premières réunions des comités d'experts au niveau européen ont été organisées alors que les données n'étaient pas intégralement transmises. Nombre de rapports d'experts sont restés secrets ou n'ont été transmis qu'à la suite de pressions

diverses (MH 26, 27, 127, DT docu vert 212, Hélène Cardin, DR 98). La Commission des communautés européennes prend des décisions sans que les avis scientifiques qui les fondent soient publiés (MH148). Récemment encore, la presse a pu révéler qu'un rapport rédigé par le Pr. Horaud sur le risque de transmission par la voie sanguine n'avait pas été rendu public (Le Monde, 20 août 1999 ; il s'agissait effectivement d'un travail effectué pour le groupe de sécurité virale de l'évaluation du risque en transfusion sanguine, document qui a le statut de document interne). Cette révélation faite à propos d'une décision américaine d'exclure du don du sang toutes les personnes ayant séjourné en Grande-Bretagne, laisse, comme toutes les autres décisions de rétention, une impression désastreuse. Enfin, l'état sanitaire du cheptel anglais, l'état des contrôles mis en place pour justifier la levée de l'embargo ne sont pas toujours directement accessibles aux experts français, mais médiatisés par la communauté européenne, ce qui pose évidemment problème dans une affaire aussi sensible.

La politique en matière de publication scientifique_mériterait, elle aussi, de faire l'objet d'un colloque de réflexion. En effet, les stratégies de gestion de crise impliquent dans certains cas des solutions conformes à la déontologie scientifique classique, dans d'autres cas des stratégies particulières, telles des **publications de résultats partiels**, seuls à même de permettre une action précoce. Cela se pratique déjà dans la gestion de certaines maladies comme le sida où des médicaments peu efficaces sont abandonnés en cours d'essais cliniques, dès que la nouvelle molécule fait apparaître sa supériorité. Un autre élément important est la **publication des résultats négatifs**, souvent jugée inutile alors qu'ils renseignent sur ce qui ne colle pas avec l'hypothèse dominante. Il en va ainsi, par exemple du faible nombre de cas irlandais, suisses et français que l'on a pu relier à la consommation de farines contaminées.

La revue Nature, et plus particulièrement Declan Butler, le correspondant à Paris, a mené une sévère campagne contre la culture du secret qui a caractérisé le ministère de l'agriculture pendant la crise, les scientifiques étrangers et parfois anglais eux-mêmes se plaignant de l'impossibilité de mener des discussions rationnelles et une évaluation indépendante du danger avec des résultats tronqués (Nature 4 Avril 1996, 370, et 6 Juin, 10 Octobre, 24 Octobre, 7 Novembre). Il en est résulté d'intenses discussions pour savoir à quel moment il était opportun de divulguer l'information, surtout les résultats bruts et les résultats intermédiaires (par exemple, les suspicions de maladie humaine sont utiles aux épidémiologistes qui ne peuvent se suffire des cas déclarés alors que la presse est soupçonnée de les confondre avec des cas avérés).

Ce panorama paraît singulièrement en retard sur les coopérations internationales dans la production et la circulation de l'information qui sont imposées en droit de l'environnement pour de nombreuses pollutions transfrontières (*cf.* en matière de pollution des mers, RJE 1994, hors série, Ch. Leben droit des catastrophes, et les multiples

conventions internationales qui tentent d'imposer une conciliation qui reste assez obscure entre secret industriel et coopération scientifique).

b) La question des protocoles de recherche

Les scientifiques anglais ont mené leurs expérimentations à leur guise, ce qui paraît au prime abord, normal. Mais, si beaucoup d'expériences ont été bien faites, on a constaté des dysfonctionnements dans un certain nombre de protocoles de recherche, qui incitent à se demander si, en cas de crise sanitaire, il ne faudrait pas obliger à une coopération internationale en amont, pour discuter et, espérons-le, rationaliser les protocoles qui sont nombreux à rester non publiés (P.B.J, **22). C'est particulièrement important dans le cas de recherches longues : une expérimentation ratée sur les gros animaux est une perte de 5 à 8 ans, étant donné le délai d'incubation. Prenons l'exemple de la transmissibilité de la mère au veau. C'est une expérience de dimension impressionnante puisqu'elle porte sur plus de 600 veaux nés de mères atteintes ou indemnes ; elle ne pouvait être réalisée qu'en Angleterre. Mais les veaux n'ont pas tété leur mère, on ne leur a pas donné de colostrum, on n'a pas fait d'expériences avec des vaches atteintes de mammites, tous facteurs susceptibles, en théorie, d'assurer la transmission (M. Savey, *in* GDS info, septembre 1996). L'expérience n'était donc pas nulle, et l'on en tire la quasi-certitude d'une certaine transmissibilité, mais elle reste peu informative. On peut encore prendre l'exemple de la construction par transgénèse de lignées de souris ayant un gène humain de la PrP. En théorie, ces souris constituent un modèle "humanisé" qui aurait dû donner la preuve expérimentale de la transmission à l'homme. Pourtant, ces souris ne sont pas tombées malades. Mais, le variant du gène transféré était le 129-Vau lieu du 129-M. L'expérience n'était donc pas informative.

Aujourd'hui, les choses se sont améliorées *de facto* car les commissions qui attribuent les financements nationaux et européens comportent des experts de diverses nationalités qui entreprennent de telles discussions avant d'accorder les financements. Mais il faut en conclure que, **dans le cas d'une crise à vocation internationale, les protocoles de recherche devraient être, avant le début de l'expérimentation, soumis à la critique de la communauté scientifique internationale, et en tout état de cause publiés –ce que toutes les revues scientifiques ne semblent pas avoir fait.**

c) Nationalisme de la définition des recherches

P. Tambourin (CNRS) et Fr. Grosclaude (INRA) ont expliqué le faible engagement de leurs institutions par la comparaison de la "force de frappe" française, faible, par rapport aux Etats-Unis et à la Grande-Bretagne. Le retard aurait été impossible à rattraper (Guilhem - Mattei t. II 47, 48, PBJ **). Sans doute, mais que voilà donc une vision étroitement nationaliste de la recherche à l'époque de la soi-disant économie-monde ! Si les pays peu touchés n'ont guère de raisons d'investir autant que les Britanniques, la coopération

internationale devient d'autant plus importante : partage des tâches et des investissements, regroupements internationaux autour d'un investissement lourd comme un laboratoire P3, échange de thésards et post-docs... **Il faudrait donc, en présence d'une crise sanitaire à vocation internationale, disposer de mécanismes de coopération à mettre en place de manière automatique et obligatoire. Ils pourraient prendre des formes diverses, depuis l'obligation d'information relativement floue qui existe déjà en droit de l'environnement jusqu'à des mécanismes plus précis : financement de chercheurs français, allemands, etc. participant en Grande-Bretagne aux grandes expérimentations, discussion internationale des protocoles de recherche avant leur mise en œuvre, transfert des résultats, etc. Une véritable discussion devrait être engagée sur ce point, et l'Europe pourrait y jouer un rôle non négligeable.**

d) La question de la fausse information

Cette question est d'autant plus délicate, qu'en l'état actuel du dossier, rien ne permet de soutenir que de fausses informations ont été données. Pourtant, d'autres affaires montrent que le problème est important : outre des accusations graves portées dans le cas de l'amiante, quelques événements récents sont frappants. On a su que, environ 90% des produits à base de fruits ne sont pas conformes à leur étiquetage (Hervé Casabianca, Le journal du CNRS Juillet/Août 1999, p. 10) ; l'enquête de la Federal Aviation Administration sur l'explosion du boeing 747 du vol 800 de la TWA révélerait que l'entreprise connaissait depuis 1977 les anomalies de ses réservoirs et n'avait pas mis en œuvre les recommandations de la FAA (Le Monde, 19 Juillet 1999) ; enfin, British Nuclear Fuels a admis avoir falsifié des données relatives au combustible Mox (Le Monde, 16 Septembre 1999).

Le droit permet, sur le fondement de la responsabilité civile, la sanction de la fausse information. Mais il serait certainement opportun d'en faire une infraction pénale sévèrement punie, la loi sur la répression des fraudes ou la loi sur la publicité mensongère ne permettant d'atteindre que certains cas d'informations déloyales.

II.- L'EXPERTISE

Contrairement aux expertises judiciaires, aux expertises de professions particulières comme les commissaires aux comptes, les "expertises à finalité de décision politique" ne sont pas enserrées dans des règles procédurales particulières qui puissent leur assurer validité et légitimité (M.-A. Hermitte : *L'expertise scientifique à finalité politique*, Revue Justices, Décembre 1997). Pourtant, le système de décision politique est fondé sur de multiples missions prénormatives assumées par des scientifiques du secteur public et parfois privé, chargés pour les organismes nationaux ou internationaux de déterminer les produits

qu'il convient d'interdire, de limiter, etc... La distorsion est paradoxale, l'expertise à finalité normative ayant une portée d'intérêt général plus évidente que l'expertise judiciaire. Le scientifique dont on attend objectivité, liberté de pensée et d'expression est alors bien souvent commis par un gouvernement pour tout à la fois donner un avis scientifique **et** défendre une position politique, fonctions peu conciliables.

Or la crise de la vache folle a été une démonstration presque caricaturale de cette difficulté, surtout si l'on prend comme exemple le fonctionnement du comité vétérinaire de la Commission où les scientifiques, officiellement représentants des Etats, votent à la majorité, le nombre de voix dont dispose chacun étant calculé en fonction de l'importance de chaque Etat alors que la voix d'un scientifique doit absolument équivaloir à la voix d'un autre. Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur la composition et les modes de fonctionnement des comités d'experts européens, où dominaient les vétérinaires anglais qui représentaient ce qu'ils croyaient être les intérêts de leurs éleveurs, soutenus par une Commission parfois hésitante mais finalement complice du Conseil et des Etats qui représentaient ce qu'ils croyaient être l'intérêt de la libre circulation des marchandises (Rapport d'enquête de Manuel Medina Ortega, Février 1997, Rapports Reimer Böge A4-0362/97, PE 223.656/déf.2 du 14 Novembre 1997 et A4-0083/99, PE 229.263/déf du 23 Février 1999). Le système a quelque peu évolué depuis. **Mais il faut prendre parti sur l'idée de doter les experts d'un véritable statut, distinguant le rôle de l'expert de celui de conseiller, assurant l'indépendance et la protection de l'expert, et sur la nécessité de donner à l'expertise scientifique des règles de fonctionnement, comme celles dont jouissent certaines catégories d'experts. Ce statut et ces règles devraient constituer les principes de base d'un droit de la technologie.**

1) Des règles déjà imaginées mais absentes du droit positif

Je ne reviendrai que pour la forme sur les règles qui semblent faire l'objet d'un **relatif consensus** chez les spécialistes du risque et de l'expertise (Hermitte, 1997). Pour aller plus loin que les propositions qui ont déjà été faites, il faudrait réunir les protagonistes. Mais il n'est pas inutile d'indiquer dans quelle mesure ces règles pourraient être intégrées au droit positif.

a) L'indépendance

L'indépendance des experts est essentielle, tant en termes de qualité objective de l'expertise qu'en termes d'image. Mais on sait aussi que l'on n'a pas encore trouvé la procédure qui permettrait d'écarter des experts scientifiques au nom de leur manque d'indépendance, dans des domaines de grande technicité où les experts sont particulièrement peu nombreux et tous peu ou prou liés à un intérêt ou un autre –liens avec

une industrie, défense de la position d'un Etat, défense de l'image d'une discipline scientifique. Deux moyens semblent avoir une relative efficacité. Il s'agit en premier lieu de la déclaration d'intérêt signée par l'expert : cela ne supprime pas l'intérêt, mais le dévoile, incitant l'expert à une certaine retenue. Ce système, peu développé en France, doit être précisé pour déterminer exactement **l'étendue et la nature des intérêts** qu'il convient de déclarer. Mais, s'il marche à peu près pour les intérêts financiers, ce n'est pas le cas pour les autres. On peut citer aussi le système de l'expertise collective de l'INSERM qui propose certains éléments intéressants de rassemblement de la littérature scientifique, même si la composition des comités d'experts n'a pas toujours paru équilibrée dans la représentation des thèses en présence (cas de l'expertise amiante par exemple). Il faudrait enfin développer une véritable "culture expertale" qui permettrait aux scientifiques de savoir comment se comporter en tant qu'experts (W. Dab *in* Rev.fr. d. aff. soc n° spécial sur la sécurité sanitaire, p. 196). Tout ceci reste d'une efficacité limitée.

b) Le pluralisme

Tout le monde admet la nécessité du pluralisme, mais il est diversement entendu. Pour certains, il s'agit surtout de *pluridisciplinarité*. Il est généralement admis que la **composition** d'un comité d'évaluation des risques doit être multidisciplinaire et multimétiers (M. Savey, audition devant la commission d'enquête parlementaire) et que l'une des difficultés principales est d'arriver à articuler les expertises disciplinaires (PBJ **). Pour autant, leur composition peut souvent être améliorée. Il me semble ainsi, que le comité Dormont aurait dû comprendre des technologues (alimentation animale, incinération, suifs et gélatines) et, plus largement des spécialistes des filières de production dépendantes du bœuf. Il aurait fallu également des **spécialistes du risque et des crises en sciences sociales** (milieu structuré par Claude Gilbert dans le cadre du programme du CNRS "Risques et situations de crise", par la revue Risques, l'Institut de cyndinique, des DEA ou DESS de gestion des risques). Notons que la composition du comité a été imposée par les ministères impliqués, ce qui n'est pas la méthode la plus rigoureuse.

L'indispensable pluridisciplinarité des comités doit, en reflet, s'appuyer sur l'interministérialité du système de prise de décision politique (W. Dab, *op.cit*).

M. Savey parle de pluralisme d'une autre manière, en évoquant la construction par un comité d'experts de **plusieurs scénarios fondés sur des hypothèses diverses, entre lesquels le pouvoir politique peut choisir. Cette méthode est au cœur du principe de précaution, même si le mot de pluralisme lui convient assez mal. Mais le pluralisme doit être plus exigeant et englober la présentation contradictoire des expertises**, faisant apparaître les différences de points de vue, qui devraient être signés par les groupes ou la personne qui les soutiennent, et motivés, voire dans certaines affaires sensibles la réalisation de contre-expertises sur les points les plus discutables. C'est une extension du

principe juridique du contradictoire qui se justifie par le fait que l'on n'est plus dans le domaine de la science académique, mais dans celui des marges incertaines qui servent à la décision politique, dont le débat constitue l'essence.

c) La présentation de l'expertise au politique et au public

Faire remonter l'information scientifique vers le politique : les conditions de la remontée de l'information de la base vers le pouvoir politique ont été considérablement améliorées. A l'inverse, l'information du public n'a pas beaucoup évolué (cf. Hermitte et Noiville, Gaz. Pal., 1998).

Rendre publique l'expertise : Administrations, ministères et entreprises privées estiment, à tort ou à raison, être seuls détenteurs du droit de divulgation de l'expertise qu'ils ont commandée, à la fois parce qu'ils sont les financeurs, qu'ils ont fait signer une clause de confidentialité et, dans certains cas, que les mesures et analyses n'auraient pu être réalisées sans leur concours. C'est généralement par les journaux que l'on apprend que telle expertise ne sera pas rendue publique, ce qui a pour effet d'assurer sa divulgation (dans deux domaines différents : l'expertise collective de l'INSERM sur l'amiante, l'expertise de Sami Naïr sur l'immigration). L'effet est désastreux. De telles pratiques ne sont plus conformes au développement du droit à l'information et de la recherche de la transparence (en matière d'accidents d'avion, par exemple, il existe une **obligation de publication** de tous les rapports). Une telle obligation est demandée par L. Lorvellec qui précise que le **droit à l'information** est un élément fondamental de la bonne gestion des crises (Droit Rural, 1997, p. 224). Le contre-exemple est fourni par la fameuse note d'un fonctionnaire de Bruxelles sur la nécessaire désinformation (M. Hirsch et al. p. 39, D. Torny, *op.cit.*, B.Wolfer, Guilhem – Mattei t.I, p. 14).

Pour autant, le droit à l'information du public ne fait pas l'objet d'un principe général du droit, mais de régimes disparates et peu clairs (Hermitte – Noiville, 1998). Si les spécialistes de droit de l'environnement le réaffirment en permanence en l'opposant au droit au secret qui en serait une exception (F. Jamay), on est bien obligé de constater que le droit positif est plutôt inversé. Le code pénal affirme comme principe général un droit au secret de toutes les informations personnelles et de celles qui résultent du droit des affaires pour autoriser ou obliger dans certaines circonstances ceux qui en sont les dépositaires à les divulguer. Ces permissions et ces obligations ne concernent pas la santé publique ou la protection de l'environnement, mais des situations précises (séviées sur mineurs de moins de 15 ans, action en justice, cf.F. Alt-Maes : un exemple de dépenalisation, la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel, Rev. sc. crim, n° 2, 1998, p. 301), ou des situations très générales (obligation de révéler la commission d'un crime ou d'un délit) qui sont le plus souvent inadaptées à une procédure d'alerte en santé publique où le délit n'est pas facile à mettre en évidence au moment où il est nécessaire

d'agir. Dans tous les autres cas, et ils sont nombreux, il s'agit d'un droit à l'information propre à une situation particulière, et c'est là que l'on peut constater de multiples avancées sectorielles, particulièrement en matière d'environnement (déchets, risques majeurs, eau, air, etc.). **Le problème devrait donc être repensé dans son nouveau contexte et déboucher sur un principe transversal qui soit procéduralisé et envisagé avec précision les rapports qu'il doit entretenir avec le secret des affaires.**

La présentation des résultats de l'expertise revêt une grande importance. La réponse claire et simple est "peu compatible avec le principe de précaution" qui ne joue qu'en présence de situations complexes marquées par les incertitudes (L. Lorvellec, Droit Rural, 1997, p. 224). Il importe de dissocier les **éléments avérés**, les **éléments incertains**, ce qui assez bien entré dans les mœurs, y compris chez les journalistes. A l'inverse, les pratiques sont plus erratiques lorsqu'il s'agit de présenter les **limites d'un résultat expérimental**. On a tendance à insister sur le résultat plus que sur les limites du modèle expérimental choisi, qui donne au résultat sa véritable **valeur informative**. C'est ainsi que de nombreuses expérimentations concernant la vache folle, faites sur la souris, seul animal disponible dont le temps d'incubation ne soit pas trop considérable, se trouvent limitées par le fait que la souris est une espèce significativement moins sensible que les bovins (dose infectante nécessaire 1000 fois supérieure, du fait de la relative barrière d'espèce dont jouissent les rongeurs ; cf. l'intéressant jugement du TA de Nice, qui établit l'insuffisance d'une étude d'impact si elle ne comporte pas une analyse des méthodes utilisées pour évaluer les effets du projet sur l'environnement, en mentionnant les difficultés éventuelles de nature scientifique ou technique rencontrées pour établir cette évaluation, JCP, 1998, n° 26, p. 1153).

La **motivation** est un élément essentiel de la présentation de l'expertise. Il est ainsi insuffisant de dire que la transmission par voie sanguine de la MCJ est un "risque théorique et non documenté" sans expliquer en quoi cela constitue un risque, en quoi ce risque est théorique, en quoi il n'est pas documenté.

L'expertise devrait faire apparaître distinctement la **diversité des hypothèses**, y compris les plus marginales, avec les **scénarios** qui y sont attachés, et les raisons pour lesquelles elles ne sont pas retenues, ce qui n'empêche pas qu'elles puissent être surveillées. Or on est bien obligé de constater qu'aucun comité ne fonctionne totalement de cette manière. Il est de plus en plus fréquent aujourd'hui que plusieurs hypothèses soient évoquées (par exemple celles qui portent sur la nature potentielle de l'agent de l'ESB), mais si ces hypothèses sont discutées de manière satisfaisante, d'autres disparaissent, tel le cofacteur éventuellement constitué par des traitements antiparasitaires susceptibles de faciliter l'infection par la voie orale ou la théorie de la transmission par les acariens du foin, parfois mentionnée mais dont l'abandon n'est pas motivé, ou encore la question de la

contamination des porcins (sur l'importance juridique que peut revêtir une opinion minoritaire, cf. CJCE 5, 1998 p. 105 sur l'infectiosité de la viande). La coopération scientifique internationale devrait permettre de tester ces diverses hypothèses et de ne les abandonner que de manière motivée⁹².

On sera particulièrement intéressé par les résultats de la Commission d'enquête présidée en Angleterre par Lord Justice Phillips, mise en place le 22 Décembre 1997. Celui-ci a en effet annoncé non seulement son intention d'essayer de comprendre la crise, mais aussi de trouver des idées pour une restructuration substantielle de la filière du bœuf qui doit devenir économiquement et écologiquement soutenable. Assisté par un professeur de pathologie et un ancien député, il compte donner les plus larges opportunités à tout un chacun de faire valoir ses points de vue et ses critiques, et donner à ceux qui ont été en charge de l'affaire, la possibilité d'exposer les faits, leur action, leurs motifs et de répondre aux critiques qui pourraient leur être faites, y compris en leur donnant une aide et une assistance, payée. En principe, il ne devrait y avoir rien de secret et tous les documents fournis devraient être accessibles au public. Il estime que l'enquête doit prendre en considération toutes les alternatives à la théorie des farines animales et apporter des réponses à ces théories, même s'il admet que les discussions scientifiques ne pourront pas être tranchées (Veterinary Record, 31 Janvier 1998 et 31 Janvier 1999).

2) Idées nouvelles

a) Un statut pour l'expert

L'expert, libre et indépendant des intérêts économiques, scientifiques et politiques, doit être distingué du scientifique commis par le gouvernement dans les discussions internationales ou du scientifique mandaté par le gouvernement pour être son conseiller dans la gestion d'un dossier.

Sa liberté d'expression

L'expert vient rarement d'une entreprise dont les règles de fonctionnement impliquent en principe l'indépendance (Bureau Veritas, Eco-audit, etc). Il est souvent *fonctionnaire* soumis au principe hiérarchique et au devoir de réserve, ou *salarie* du secteur privé, également soumis au devoir d'obéissance et au respect du secret industriel. Avant toute prise de parole il doit en référer à sa hiérarchie et, en cas de désaccord, il doit se soumettre : "conseiller loyal, je ne fais pas état des conseils que j'ai pu donner" répondait un expert à la Commission Guilhem - Mattei (t.II, p. 161 ; sur la réprimande de Legras, fonctionnaire de la

⁹² Signalons l'avis de J. Pratt qui explique que la confiance des anglais a été entamée par l'évolution des affirmations dans un sens toujours plus pessimiste ; il donne l'exemple de la dose infectante que l'on jugeait à l'origine devoir être massive, puis celle de la prévision initiale de 20 000 bêtes malades et d'une extinction rapide de l'épizootie. Ces sous estimations entament la confiance Droit Rural 1998

Commission contre des experts officiels se permettant d'exprimer leurs désaccords en public ou devant les instances internationales, *cf.* J. Boudant, *Droit Rural*, 1997, p. 208). On devrait au contraire faire de la **liberté d'expression de l'expert**, non seulement une liberté, mais un devoir, une **obligation** dont l'inexécution devrait engager sa responsabilité dans certaines circonstances impliquant la santé publique ou l'environnement. C'est une protection juridique du "lanceur d'alerte" qu'il convient de mettre en place (Hermitte-Noiville, Aschieri ; *cf.* l'affaire du dénigrement des fours à micro-ondes où la CEDH consacre la liberté d'expression scientifique, même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent particulièrement dans le cadre d'un débat touchant à l'intérêt général, comme par exemple à la santé publique, D.99 n° 26, p. 240), quitte à ce que le scientifique concerné soit responsable civilement s'il donne une information déformée ou manquant d'objectivité (pour le manque d'objectivité d'un reportage sur les enfants victimes de la prostitution au Brésil, *cf.* CA Paris, 11 Mars 1998, D.98 n° 20, IR 131, ou l'imprudence dans la rédaction d'un article comme abus de la liberté d'informer D.98 n° 24 IR 158, ou encore toutes les décisions sur la responsabilité de l'historien). Actuellement, les débats sur la santé publique se règlent trop souvent par des actions en diffamation, qui paraissent inadaptées car elles constituent un obstacle difficile à contourner pour ceux qui ont une vision critique du système en place.

D'une certaine manière, les difficultés juridiques de cette période de transition se marquent dans l'incohérence qu'il y a à constater l'existence dans le code rural d'un délit de propagation involontaire d'épizootie, d'ailleurs insuffisamment réprimé, et le fait que le scientifique qui croit avoir découvert les causes d'une épidémie puisse se trouver empêché de la dénoncer. Ce sont toutes ces incohérences du droit qu'il faudrait arriver à rationaliser.

Sa vocation à demander des comptes au pouvoir politique et au monde industriel

Les experts, qui devraient rendre des comptes au Parlement, font des recommandations dont le délai de réalisation est variable. La presse en fait état, puis la mise en œuvre se perd dans les sables. Ils devraient pouvoir demander des comptes à intervalles réguliers, tant au pouvoir politique qu'à l'industrie, preuves à l'appui pour ce qui concerne la mise en place effective des mesures (*cf.* l'affaire récente des irrégularités trouvées dans cinq entreprises de fabrication d'aliments pour animaux qui ne respectaient toujours pas les normes en 1999).

b) Des pouvoirs d'enquête des commissions d'experts

On sait comment travaille un juge, un enquêteur de la douane ou un agent de la DGCCRF. Dans le cadre de leurs fonctions, ils disposent de pouvoirs d'enquête précis, qui leur donnent d'importants pouvoirs qu'ils ne peuvent dépasser ; ils sont d'autre part obligés de respecter des procédures précises qui laissent une trace écrite. A partir de quelles sources travaillent les experts ? La question n'est jamais posée. Ils semblent utiliser les sources scientifiques classiques et des contacts informels avec leurs pairs. Or, beaucoup

d'éléments utiles à l'évaluation d'un risque et à la gestion d'une crise échappent à la littérature scientifique. Il s'agira de procédés de fabrication, d'équipements, de l'organisation du travail, de la connaissance d'une filière de production, tous éléments bien différents des connaissances scientifiques de base, et dont l'agencement permet seul d'avoir une connaissance concrète d'un risque qui ne peut être, autrement, que dessiné dans ses contours théoriques.

Si tous ces éléments sont accessibles aux divers corps de contrôleurs, il n'en va pas de même pour les commissions d'experts constituées pour les besoins de la gestion d'une crise. C'est ainsi que les rapports de la commission présidée par D. Dormont, ou les articles écrits par certains de ses membres, font mention d'informations absentes, voire d'informations qu'il est impossible d'obtenir car elles sont couvertes par le secret industriel. **Ce hiatus entre les pouvoirs des professionnels habilités et l'absence de pouvoirs des commissions d'experts auxquelles on se remet désormais en cas de crise est la marque d'une phase transitoire qui ne saurait durer.** On ne peut continuer à prétendre conduire les actions de santé publique en fonction des avis des experts et ne leur conférer aucun des pouvoirs nécessaires pour avoir une appréhension fine du risque.

Une étude de la question montre plusieurs problèmes distincts. Le premier concerne les commissions d'experts en tant que telles. Elles n'ont **aucune habilitation ni générale, ni ad hoc qui leur donne le moindre pouvoir d'enquête**. Les personnes enquêtées sont donc totalement libres de refuser de répondre aux questions, n'ont aucune obligation de fournir la moindre documentation. De plus, ces commissions n'ont généralement pas de **crédits de fonctionnement** qui puissent servir à effectuer des recherches spécifiques, voire simplement à décharger les experts d'autres tâches. Enfin, même pour ce qui concerne les pouvoirs d'enquête et de contrôle des personnes habilitées, ils sont définis de manière toujours trop rigide dans un but de protection des producteurs, et le juge –administratif ou pénal- donne en général une interprétation très restrictive des pouvoirs qui leur sont conférés (exemple : impossibilité d'effectuer des contrôles à la ferme dans le but de démanteler des filières de produits illicites, cf. l'illégalité des mesures de plus en plus souvent critiquée, CE 2 Juillet 1997, RD rural 97, p. 455 et CE 6 Avril 1998, RD rural 98, p. 325).

Cela montre que le législateur et les juges ont une perception encore très lacunaire des transformations que le principe de précaution devrait entraîner, et que c'est l'ensemble du système qu'il conviendrait de ré-analyser à la lumière des nouvelles exigences du consommateur en matière de sécurité sanitaire, dans le contexte général du droit de l'alimentation, où le rôle de l'Etat et du droit a changé. Au droit principalement répressif qui n'entraîne en action qu'une fois le dommage consommé s'est ajouté un droit administratif à vocation préventive. A ce droit d'origine étatique et, de plus en plus communautaire, destiné à contenir les faux-pas de l'industrie, s'est ajoutée une politique de coopération Etat-industrie. L'activité de contrôle de l'Etat porte de plus en plus sur l'évaluation abstraite de la

pertinence des choix techniques et des procédures d'obtention de la qualité mises en place par les entreprises, de moins en moins sur les contrôles des produits qui en résultent. (Le livre vert de l'alimentation prétend accuser encore cette tendance ; cf. F. Féral : 30 ans de droit de l'alimentation, la problématique des pouvoirs publics, BID n° 2, 1992, p. 63, et réponse de J.-P. Doussin, BID n° 9, 1992, p. 74 ; du même auteur, Réglementation et contrôle dans l'alimentation, BID n° 5, 1999, p. 86 et Y. Soyeux sur le même thème, BID n° 1, 1999, p. 43). Dans ce cadre général, les règles de l'expertise scientifique n'ont pas été repensées à la lumière des crises sanitaires récentes. **Il apparaît pourtant que des pouvoirs d'enquête permettant d'exercer une certaine contrainte, d'obliger les entreprises à répondre aux questions posées, de visualiser certains modes de production, etc. sont absolument nécessaires pour que les experts puissent réaliser un travail informé.**

Des modèles de ce genre existent, qui mériteraient d'être discutés et généralisés. On peut penser à l'enquête technique organisée par la loi du 29 Mars 1999 en matière d'aviation civile, qui donne d'importants pouvoirs d'enquête à des experts pouvant agir seuls ou parallèlement à une enquête judiciaire (D. 1999, n° 16, p. 205). Ils sont chargés de collecter et analyser les informations utiles à la recherche des causes de l'accident, agissent en toute indépendance (art. L.711-2 du code de l'aviation civile), peuvent accéder au lieu de l'accident, à l'épave et à tout ce qu'elle contient, procéder à toute constatation, prendre toutes les mesures utiles à la préservation des indices, faire toutes les analyses nécessaires, exiger communication de tous documents relatifs aux personnes, entreprises et matériels en tous domaines rattachés à l'accident sans que puisse leur être opposé le secret professionnel. Ils sont en revanche eux-mêmes tenus au secret professionnel mais sont habilités à rendre publiques un certain nombre d'informations et surtout le rapport final. Les personnes interrogées sont tenues de répondre sous peine de sanctions pénales. S'il ne s'agit que d'un schéma général, il semble constituer une bonne trame générale pour penser les pouvoirs qu'il conviendrait de conférer aux commissions d'experts en cas de crise sanitaire.

Une solution plus simple consisterait à ce que les experts saisissent le juge ou à ce qu'ils se fassent accompagner de personnes habilitées à diligenter des enquêtes. Mais il n'est pas dans la culture des experts d'avoir recours à de telles procédures ; il est donc plus expédient de les doter de procédures claires qui leur donnent de manière officielle un certain nombre de pouvoirs, plutôt que de diriger en sous-mains une enquête effectuée par d'autres.

IIIème PARTIE : UN POINT CONTROVERSE, L'AUTONOMIE DU POLITIQUE

On pense d'emblée à l'autonomie du politique au regard de l'expertise. Un certain nombre de commentateurs ont ainsi fait remarquer que, malgré ses affirmations, le politique n'avait pas suivi strictement les recommandations des experts (idée très présente dans le livre de M. Hirsch et al. et dans les travaux de B. Wolfer). Trop souvent, toute distance par rapport à l'avis scientifique tombe sous la qualification **d'irrationalité** (M. Hirsch et al., p. 31, 33, 117 et sv.) : de telles positions renvoient à l'irrationnel tout ce qui prend en compte autre chose que le fondement scientifique (cf. l'argumentation du gouvernement anglais lors de l'embargo, qui accuse les autorités communautaires d'avoir cédé aux inquiétudes du public alors que les mesures destinées à protéger la santé publique avaient déjà été prises, TPI 13-7-96). Or, l'hyperréactivité des marchés, le dégoût des consommateurs pour les farines sont des faits non moins réels que le repliement d'une protéine. *L'autonomie du politique sert précisément à intégrer les différents points de vue et à séparer la fonction d'identification et évaluation des risques de celle qui consiste à déterminer quel est le risque acceptable au regard des différentes contraintes qui s'exercent sur le secteur*⁹³. Le politique doit, selon ses propres procédures, déterminer quel risque le pays accepte de courir pour quel bénéfice, tâche d'autant plus difficile que chacun des choix politiques entraîne non la suppression de tout risque, mais plus généralement des transferts de risques : éviter un risque revient souvent à un simple transfert vers d'autres activités, la société étant un "vaste système de distribution des risques entre ses membres" (J. Lochard, Annales des Mines, Juillet 96, p. 90). Il revient donc au politique d'assurer **l'équité dans la distribution des risques** (G. Hériard-Dubreuil : *Action distribuée et risque*, Revue Risques, Septembre 1995). Il y a là une autonomie de choix, éclairée par des hypothèses scientifiques et des scénarios (cf. la manière dont les autorités communautaires reconnaissent un large pouvoir discrétionnaire à la Commission dans ce type de choix, ce qui assure une "démonstration" juridique de l'autonomie du politique intégrant des considérations multiples, TPI 1996 et CJCE, 1998).

Mais la question de l'autonomie du pouvoir politique et de l'administration a un versant juridique. Si la décision finalement prise –prenons l'exemple d'une mise sur le marché- est attaquée, comment le juge administratif va-t-il exercer son contrôle de légalité ? Comment assurer le **contrôle des décisions de l'administration** prises sur le fondement du principe de précaution, ou au contraire, prises en contradiction avec le principe de précaution ? Il semble que le droit administratif révèle aujourd'hui une tension entre un système de contrôle traditionnel qui répugne à se pencher sur les questions techniques au motif que le juge n'aurait pas la compétence pour le faire (contrôle restreint limité à la légalité externe), et une évolution du droit et des mentalités qui le pousse à ne pas laisser les choix

⁹³ Elle permet également de bien séparer la responsabilité des experts (Hermitte, 1997) de celle des politiques.

techniques dans la sphère du pouvoir discrétionnaire. La résolution de cette tension mérite que l'on s'y arrête⁹⁴.

L'évolution du droit administratif a été marquée par une extension et un approfondissement du contrôle du juge sur les motifs des décisions de l'administration. **L'approfondissement** résulte du recours croissant aux mesures d'instruction, pouvoirs d'enquête et d'expertise, qui permettent au juge d'être éclairé sur les motifs de fait qui ont poussé l'administration à prendre une décision plutôt qu'une autre (travaux de C. Eisenmann et Cl. Goyard) ; il serait particulièrement important de pouvoir en disposer dans les affaires mettant en jeu le principe de précaution pour pouvoir évaluer l'adéquation des choix normatifs à l'état des controverses scientifiques. **L'extension** du contrôle a pris des formes multiples : contrôle restreint d'actes qui n'étaient jusque là pas contrôlés, multiplication des hypothèses dans lesquelles jouent le contrôle normal et le contrôle renforcé. La doctrine insiste sur le fait que ces évolutions permettent de renouveler en permanence le **compromis entre l'efficacité des pouvoirs de l'administration et les droits des citoyens**. Le contrôle est restreint sur les pouvoirs dits de haute police pour protéger l'autonomie du gouvernement dans la conduite d'affaires sensibles, il est renforcé pour tout ce qui concerne les **libertés publiques et le droit de propriété** ; d'une certaine manière, l'étendue du contrôle est un signe de l'importance des droits qu'il convient de protéger.

Or, **malgré l'importance acquise par les questions de santé publique**, on ne trouve guère de réflexions de la doctrine sur le sujet, et la jurisprudence est pauvre et peu cohérente (malgré les avancées permises en droit européen par l'affaire de la vache folle, TPI 96 et CJCE, 1998). En règle générale, la santé publique fait partie des "problèmes techniques" sur lesquels le juge n'exerce qu'un contrôle restreint, et l'on peut constater plusieurs affaires où il donne effectivement le sentiment de s'être défossé ; dans d'autres, il a opté pour un contrôle normal ou renforcé (programme de prophylaxie contre la tuberculose bovine), sans que l'on puisse déterminer les raisons d'être de ces différences. Cette incertitude paraît étrange aujourd'hui, et l'on s'étonne que la santé publique n'ait pas rejoint depuis longtemps le régime des libertés publiques.

Trois raisons, au moins, plaident en faveur d'une affirmation plus générale du contrôle renforcé. La première tient à la nature du compromis entre les pouvoirs de l'Etat et les droits des citoyens. Les pouvoirs de police sanitaire de l'Etat ont été considérablement renforcés dans les quinze dernières années, et vont aller en s'accroissant ; cela suffirait mécaniquement, à entraîner, comme tout l'interventionnisme étatique, une extension du contrôle des motifs, que les auteurs ont depuis longtemps lié à la construction de l'Etat de droit (Savy AJDA 1972 –sur les risques et la nécessité de cette évolution, Henry). Parallèlement, la demande des citoyens pour plus de transparence, plus d'information et une meilleure participation à la définition de leur destin, va elle-même en s'accroissant ; or le droit

⁹⁴ Cette partie a été réalisée avec l'aide de D. de Béchillon

à l'information qui rend disponibles les motifs de la décision, ne peut qu'aboutir à l'extension du contrôle. Une deuxième raison est plus technique. Si l'on en restait au contrôle restreint du pouvoir discrétionnaire, les règles du contentieux ne permettraient d'annulation qu'en ayant recours à l'erreur manifeste d'appréciation. Comme son nom l'indique, le juge ne peut alors se fonder que sur des erreurs grossières, évidentes pour tous (comme le défaut de procédure de l'affaire Novartis). Les hypothèses dans lesquelles le principe de précaution doit jouer sont des hypothèses où, précisément, rien n'est évident : il y a donc contradiction entre principe de précaution et limitation du contrôle de légalité à l'erreur manifeste d'appréciation.

En fait, seule semble adaptée, l'application du principe de proportionnalité qui permet d'évaluer l'adéquation d'une mesure de protection au regard des coûts divers qu'elle peut entraîner (il a été utilisé par la Cour de Justice des Communautés européennes pour confirmer la légalité de l'embargo de 1996, et plus largement dans toutes les affaires de prophylaxie animale). Pour autant, le principe de proportionnalité n'aura d'efficacité que s'il est revisité par le principe de précaution qui a vocation, en raison de la gravité des menaces qui justifient sa mise en œuvre, à orienter la hiérarchie des valeurs vers une meilleure protection de la santé et une moindre importance accordée aux autres contraintes. C'est dans ce sens que vont les juridictions européennes qui reconnaissent que la lutte contre la propagation d'une maladie épizootique justifie des mesures aux conséquences négatives même considérables pour certains opérateurs, aff. Peste porcine, TPI, précité pt. 128). Mais il est parfaitement adapté dans sa structure, à l'appréciation de l'acceptabilité des risques. Enfin, et ce n'est pas le moindre argument, le juge administratif se placerait à moyen terme dans une position délicate s'il continuait d'utiliser les recours de plein contentieux lorsqu'il s'agit d'apprécier a posteriori la responsabilité de l'Etat pour une mesure qui a entraîné des dommages et l'erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il apprécie la légalité de la mesure au moment où elle est prise, quand le dommage n'est pas réalisé. Dans le premier cas, il analyse jour après jour le comportement de l'administration face au flux d'informations scientifiques, et indique quel aurait dû être le comportement de chacun ; c'est facile une fois que l'on connaît toute la chaîne des causalités. Si, dans le second cas, il se retranche derrière le contrôle restreint pour ne pas entrer dans cette chaîne, il entérinera presque toujours la décision de l'administration sans s'être donné les moyens de l'apprécier au fond ; rien n'empêche de penser que, quelques années plus tard, il condamnera l'Etat pour les dommages provoqués par la mesure, alors qu'il l'avait approuvée au moment où elle était prise. Le fondement aura simplement changé entre-temps, ce qui sera impossible à expliquer au public.

Au fond, la mise en œuvre du principe de précaution oblige à accélérer la **nouvelle alliance entre l'administration active, les acteurs économiques, les citoyens et le juge, pour dire quels sont les risques acceptables**, au moment où la décision se prend et non

pas une fois que le dommage est réalisé. Il y a là un enjeu important, car les décisions de l'administration seront amenées à être plus souvent contestées qu'autrefois. Toute décision de "précaution" courra le risque d'être contestée par les acteurs économiques qu'elle gênera inéluctablement ; toute décision jugée imprudente pourra être contestée par divers groupes de défense. A l'embargo, contesté par le gouvernement anglais, succède la levée de l'embargo, qui sera contestée par d'autres gouvernements, ce qui donne probablement une vision assez juste des problèmes de gestion internationale de la santé publique tels qu'ils se posent dans la société contemporaine.

CONCLUSION SUR LA FONCTION POLITIQUE DU PRINCIPE DE PRECAUTION

On a, d'un côté, un principe auquel on a voulu dénier toute portée juridique (conclusion du commissaire du gouvernement dans l'affaire Novartis) pour en faire une simple source d'inspiration pour le législateur. On a de l'autre une perception très technique de sa fonction juridique –étendre le système des autorisations de mise sur le marché, faire évoluer la responsabilité de l'Etat, assurer la liberté d'expression des chercheurs impliqués dans un débat de santé publique. Mais on s'est peu interrogé sur la portée politique de ce principe juridique et des règles qui permettront de le mettre en œuvre. Il nous semble, avec le faible recul dont on dispose aujourd'hui, qu'il participe d'une évolution plus générale assez bien suggérée par le concept flou de développement durable, qui évoque la possibilité de transformer les modalités du développement économique en jouant sur les choix techniques d'une part, sur la participation des citoyens à ces choix d'autre part. A ce titre, il est porteur d'une capacité à s'intégrer au fonctionnement du capitalisme, un peu comme s'était intégré en son temps la révolution sociale et le droit du travail. Au fond, la révélation de l'état de santé des ouvriers par les hygiénistes et les statisticiens producteurs de données "objectives" avait entraîné une évolution des mentalités et, à terme, des limites à l'autonomie de développement du capital au nom d'autres valeurs. Cela s'est inscrit dans des réformes juridiques précises qui n'ont pas eu raison du capitalisme mais l'ont modifié ; contrairement aux prévisions de ceux qui dénonçaient la faillite des entreprises des pays dotés de lois sociales en raison de leur manque de compétitivité économique, les conditions de concurrence se sont homogénéisées (le même danger avait été brandi lors des débats sur l'abolition de l'esclavage).

Le principe de précaution, quant à lui, apprivoise le capitalisme sur d'autres bases. Prenant acte des liens du capitalisme avec les sciences et leurs retombées technologiques

qui sont à l'origine de nouveaux produits et procédés de fabrication, et de l'ouverture croissante au libre-échange entre régions éloignées dont le niveau de développement, la maîtrise de la qualité, la culture du risque sont extrêmement diverses, le principe de précaution joue au moins sur ces deux niveaux. Sa première fonction concerne le développement des sciences et des techniques auquel il est susceptible de donner des directions différentes. Plus encore, il transforme la place de la science dans la société ; en mettant l'accent sur la part de l'incertitude à côté de la part de la vérité, le principe de précaution rend les sciences plus discutables au sens propre, plus "gouvernables" par voie de conséquence. L'introuvable choix démocratique est moins impensable comme le montre le timide développement des conférences de citoyens. Sa deuxième fonction concerne les décisions de production : une fois que les connaissances et les technologies sont disponibles, quelles technologies, quels produits va-t-on favoriser ? Il est évident que de nouvelles modalités de planification sont en train de voir le jour, sans oser renouer avec un terme trop marqué par la pensée communiste. Mais la gestion de l'effet de serre, des surplus agricoles, les mécanismes de réduction contrôlée des pollutions diverses ne sont-ils pas des formes nouvelles de planification des productions ?

Autrement dit, la fonction politique du principe de précaution est de transformer à la marge le fonctionnement actuel du capitalisme de manière à ce qu'il prenne mieux en compte de nouveaux impératifs de protection de la nature et de la santé humaine, ou encore la saturation liée aux émissions polluantes, les limites de disponibilité de produits primaires, mais aussi la volonté des citoyens de participer plus en amont à la définition des biens et des services qu'ils utiliseront.

RECOMMANDATIONS

* Consécration du droit des peuples à décider de leurs modes alimentaires :

- Stratégie dans la diplomatie internationale, en particulier à l'OMC.
- Association des citoyens à la définition des pistes de recherche en matière alimentaire
- Droit à l'information. Retravailler son articulation avec le secret des affaires, qui n'est pas satisfaisante, en l'état.

* L'identification d'une crise sanitaire doit déboucher sur une déclaration d'état de crise ouvrant sur des régimes juridiques adaptés à l'urgence :

- Compter la commune exposition au risque dans les causes possibles d'une déclaration d'état de crise.
- Rationaliser les méthodes de mobilisation de la mémoire scientifique pour assurer la réactivité du système.

- Agir à partir de faisceaux d'indices convergents permettant de construire hypothèses et scénarios en l'absence de preuves expérimentales.
- Entamer une réflexion sur les mécanismes de récupération des stocks, la fonction des procédures d'indemnisation, les mécanismes permettant de retrouver rapidement les filières de production et commercialisation.
- Mettre en place des procédures d'alerte internationale en cas de mesure de santé publique dans un Etat et réviser les fondements de la Nouvelle Approche caractéristique du libre échange en cas de crise.
- Organiser une stratégie de mobilisation rapide des fonds supplémentaires destinés à la recherche sur une crise (création de fonds par capitalisation).
- Négocier un droit d'ingérence sanitaire pour assurer la possibilité des recherches internationales et le débat scientifique.
- * Assurer la mise en œuvre effective des mesures :
 - Assurer la formation au principe de précaution, des métiers impliqués dans la gestion d'une crise.
 - Tenir compte de la praticabilité des mesures, des risques de fraudes et d'effets pervers
 - Obliger le politique et les acteurs économiques à rendre compte publiquement de ce qui a été réalisé et à motiver et débattre des choix effectués.
- * Assurer le contrôle juridictionnel élargi des décisions de l'administration.
- * Organiser l'expertise :
 - Statut de l'expert, liberté d'expression et protection du lanceur d'alerte.
 - Pouvoirs d'enquête des commissions d'experts, amélioration des termes de leur mandat.
 - Indépendance et caractère contradictoire de l'expertise.
 - Règles de présentation au public.
- * Réflexion sur les dangers du recyclage.
- * Prévoir un délit de fausse information et rétention d'information utile à la protection de la santé publique.

ANNEXE 4

LE CAS DU SANG CONTAMINE CONFRONTE AU PRINCIPE DE PRECAUTION

Michel SETBON

La force et la fragilité du principe de précaution tiennent au fait que son évidence n'a jamais été confrontée à une évaluation de ses effets. Par là, nous entendons que les avantages espérés d'une application très précoce de mesures reposant sur une hypothèse de risque concernant un produit ou une activité restent à démontrer, ou du moins à fonder en raison. L'idée novatrice du principe de précaution, comparée à une prévention fondée sur un risque caractérisé (identifié, estimé, évalué) est qu'il permettrait de "gagner du temps", temps qui pourrait se compter en nombre de morts ou de cas pathologiques... si l'hypothèse se vérifiait. La force de la proposition tient dans sa logique linéaire : plus tôt l'on interdirait le produit ou l'activité soupçonné d'être la source d'événements indésirables, moins ses effets morbides ou mortels seraient importants, sa faiblesse est de considérer qu'une décision fondée sur une hypothèse serait applicable sans difficulté ni conséquences.

Il est déjà difficile d'évaluer les effets bénéfiques d'une intervention visant à prévenir un risque caractérisé. Evaluer directement l'impact d'une action décidée en référence au principe de précaution dans sa version extrême l'est encore plus, voire impossible⁹⁵. Cela est dû au fait que depuis son émergence (que l'on situe en France en 1995), aucun cas d'hypothèse de risque n'a pu être confirmé, ni d'ailleurs infirmé : il en est ainsi pour les OGM et le vaccin contre l'hépatite B. Mais il est possible d'en évaluer l'impact de façon indirecte, à partir d'une modélisation réalisée sur un cas de risque établi, daté et quantifié : celui des contaminations post-transfusionnelles par le VIH. Ce cas dramatique est doublement exemplaire : d'une part, il est à l'origine de l'émergence en France du principe de précaution sur lequel repose la promesse d'en rendre la récurrence impossible ; d'autre part, c'est l'unique cas dont la connaissance des processus décisionnels et de leurs effets est à la fois précise et bien documentée. Autrement dit, si nous connaissons bien ce qui a été fait progressivement pour répondre au risque de contamination par transfusion, et si nous savons que les effets en ont été jugés désastreux, voire criminels, il serait instructif de tester l'utilisation du principe de précaution pour en évaluer les éventuels apports. Malgré ses

⁹⁵ Par "version extrême", il est fait référence à l'acception donnée par le commissaire du gouvernement dans l'affaire dite du sang contaminé énonçant qu' "En situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue provisoirement pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée". Cette acception, au-delà de tout jugement sur sa validité, est en fait celle qui est en train de structurer les représentations du public, des décideurs politiques, des juges et des médias. Voir, M. Setbon, "L'action publique face aux risques sanitaires : responsabilité et incertitude", *Revue française des Affaires Sociales*, 1999, n° 1, p. 21-29.

apparences abstraites, cet exercice fournit des enseignements concrets, dès lors qu'il reste scrupuleusement fidèle aux faits (épidémiologiques, décisionnels et comportementaux) en y introduisant un seul changement : le recours au principe de précaution, c'est-à-dire la prise en considération la plus précoce possible de l'hypothèse d'un risque de transmission d'un agent infectieux par les produits sanguins, assortie de traductions capables de s'y opposer. L'objectif est de voir si des décisions publiques fondées sur cette seule hypothèse, plus précoce mais aussi plus fragile, aurait permis d'aboutir soit à diminuer le nombre des contaminations, soit à les rendre impossibles.

L'intérêt de l'exercice est double : celui de rester fidèle à la réalité des faits et surtout de modéliser le recours au principe de précaution sur un cas où l'hypothèse de risque s'est vérifiée, tant d'un point de vue qualitatif (le VIH se transmettait bien par les produits sanguins et déterminait l'infection du receveur et ensuite la maladie sida), que quantitatif (l'incidence des contaminations par transfusion s'est avérée très importante chez les transfusés et chez les hémophiles). Ce point mérite attention. En effet, c'est loin d'être le cas de la plupart des hypothèses énonçant un risque sanitaire, bon nombre ne connaîtront aucune confirmation. Mais de plus, une hypothèse de risque pourrait bien s'avérer juste, alors que ses traductions morbides et/ou mortelles s'avéreront insignifiantes, en nombre et/ou en magnitude. Le cas du sang contaminé justifie donc d'être confronté au principe de précaution, à la lumière rétrospective de ce qui s'est effectivement produit. La démarche vise à prédire les effets probables du principe de précaution en situation réelle, en répondant à la question suivante : quels auraient été les traductions opérationnelles possibles, les comportements des différents acteurs et leurs effets à la suite d'une décision plus précoce et plus hypothétique, comparés à ceux que nous avons connus et qui ont conduit aux nombreuses contaminations par transfusion ?

La condition essentielle pour que cette modélisation soit robuste est qu'elle repose sur une analyse claire des causalités qui expliquent les contaminations en France, ou plus précisément leur nombre élevé. Nous procéderons donc de la façon suivante : après un rappel bref mais précis du cas du sang contaminé (en termes de connaissance scientifique, de décisions publiques et de traduction dans les pratiques) (I), nous comparerons les éventuels apports du principe de précaution sur la prévention en termes de possibilités d'action et d'effets théoriques (II), puis d'applicabilité (III). A la suite nous proposerons cinq postulats qui encadrent la gestion du risque (IV), pour finir par une discussion sur les perspectives de généralisation à partir du cas du sang contaminé (V).

I- LES CONTAMINATIONS SANGUINES PAR LE VIH : RAPPEL DES FAITS

En France, comme dans la plupart des pays développés, les contaminations par transfusion ont commencé à la fin des années 70 ou au début des années 80, soit bien avant l'identification des premiers cas de sida. Les premiers cas d'hémophiles atteints du syndrome inconnu (le futur sida) ont été identifiés et décrits d'abord aux Etats-Unis, puis en Europe à partir de 1981, suivis de quelques cas de transfusés⁹⁶. Très vite pourtant, dès 1982, l'hypothèse que l'agent causal (inconnu) de la maladie, constatée essentiellement chez les mâles homosexuels, soit transmissible par le sang, a été émise, parce que la plus vraisemblable⁹⁷. Pendant une année, on se contentera de collecter les cas et d'en comparer les caractéristiques avec les autres personnes atteintes apparemment du même mal. Ce temps était nécessaire pour identifier les facteurs de risque communs à ces malades, conformément à la démarche préventive de santé publique fondée sur la connaissance épidémiologique.

Au premier trimestre 1983, les facteurs de risque identifiés à partir des malades et publiés dans la littérature internationale sont : être homosexuel, toxicomane et originaire d'Haïti, en plus du fait d'être hémophile et, dans une moindre mesure, transfusé. A ce moment la connaissance disponible est à la fois extrêmement réduite, fragile, mais suffisante pour agir face au risque de contamination par les produits sanguins. La décision prise par la plupart des pays concernés (européens et américains) est conforme à la connaissance épidémiologique et la moins dommageable à la transfusion sanguine dont les bénéfiques sont à ce moment irremplaçables : sélectionner les donneurs de sang à partir des facteurs de risque connus et exclure tous ceux qui appartiennent à l'une de ces trois populations⁹⁸. L'objectif, écarter ces "donneurs à risque" du don de sang, peut être atteint de multiples façons : par l'auto-exclusion à partir d'une information large et ciblée, par un questionnaire pré-don systématiquement rempli, par un entretien face à face confidentiel, etc. Deux points importants : au début 1983, l'agent causal n'est pas identifié (il ne le sera qu'en avril 1984), la thèse virale est encore discutée, l'incidence et la prévalence sont inconnues ainsi que le délai d'incubation (en fait l'évolution de l'infection à VIH vers la maladie sida) et la magnitude. On peut donc parler de "connaissance minimum" : une hypothèse de transmissibilité sanguine compatible avec les quelques cas et des facteurs de risque identifiés. Le second point est que la décision prise (par voie réglementaire en France, à travers la circulaire du 20 Juin 1983) sera d'autant plus efficace que son observance par les

⁹⁶ En France, entre mars 1982 et octobre 1984 seuls 2 cas de sida ont été rapportés chez les hémophiles et 2 autres chez les transfusés (sans autre facteurs de risque), *BEH*, 1984, n° 1.

⁹⁷ "Possible transfusion-associated acquired immune deficiency syndrome (AIDS)", California, *MMWR* (Morb Mortal Wkly Rep), 1982 : 31 : 652-4.

⁹⁸ "Prevention of acquired immune deficiency syndrome (AIDS) : report of inter-agency recommendations", *MMWR* (Morb Mortal Wkly Rep), 1983 :32 : 101-3.

acteurs concernés sera élevée, mais que celle-ci est fonction de la perception qu'ils ont du risque, en fait de leur degré de conviction.

L'observance de la sélection des donneurs et son application rigoureuse était, et est toujours, en mesure de réduire massivement le risque de contaminations par transfusion et ainsi leur nombre. Le problème est qu'elle n'a pas été appliquée, ou fort mal, en France⁹⁹. Sur ce point le doute n'est plus possible. Il ne l'est pas non plus sur la relation de causalité avec le nombre élevé de contaminations par transfusion. La conséquence dramatique de cette absence de sélection des donneurs peut se formuler comme suit : jusqu'au début de 1985 (date de la seconde circulaire réitérant avec force la demande de sélection), la transfusion sanguine française est restée ouverte au virus, c'est-à-dire soumise à la fatalité. Plus la prévalence de l'infection VIH était élevée chez les donneurs de sang, plus le sera le nombre de transfusés. Concernant les hémophiles, leur contamination suit un chemin différent du fait que la transfusion sanguine française importait la majorité des concentrés de facteurs anti-hémophiliques des Etats-Unis, et que l'utilisation de plasma français (à partir de 1983) ne s'est pas accompagnée d'une sélection des donneurs. Compte tenu du poolage, de la fréquence des transfusions, d'une sélection des donneurs inexistante avant la mi-1983 et médiocre après, le risque de contamination chez les hémophiles était très élevé. Il explique que leur nombre le soit aussi et cela dans la plupart des pays où l'utilisation des concentrés était répandue, quelle que soit la date de leur remplacement par des concentrés chauffés. Pour simplifier la démonstration, nous ne ferons que référence aux contaminations ne concernant pas les hémophiles.

Sur près de 4 000 transfusés et 1 250 hémophiles contaminés en France entre 1980 et 1985¹⁰⁰, l'immense majorité l'ont été soit avant 1983, soit entre 1983 et la mise en place du test de dépistage et l'utilisation des concentrés chauffés. Ce fait souligne que l'étendue du drame s'est joué avant que l'on dispose des connaissances et des moyens nécessaires pour agir sur les produits eux-mêmes (les dons et les produits sanguins à usage thérapeutique) et que la question d'une intervention pouvait être posée dès 1982.

II.- CONNAISSANCE SCIENTIFIQUE, POSSIBILITES D'ACTION ET CONSEQUENCES

⁹⁹ Voir M. Setbon, *Pouvoirs contre sida. De la transfusion sanguine au dépistage : décisions et pratiques en France, Grande-Bretagne et Suède*, 1993, Paris, Le Seuil. Egalement, M. Setbon, "Politique de santé et information : l'affaire du sang contaminé", 1993, *La Recherche* : 24 : 624-7.

¹⁰⁰ Ce sont les chiffres les plus fiables et conformes à ceux établis par la Commission administrant le fonds d'indemnisation instauré par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, et dont les travaux ont commencé en avril 1992.

Il aura donc fallu une connaissance scientifique supérieure à une hypothèse, mais qui présente de nombreux trous et très incertaine, pour intervenir. La décision de sélectionner les donneurs (commune à l'ensemble des pays) prend au sérieux l'hypothèse de la transmission sanguine, utilise les rares connaissances disponibles et reste attentive à être la moins coûteuse pour les receveurs de produits sanguins. On peut donc avancer que si le moment choisi pour intervenir est postérieur à l'émergence de l'hypothèse, il n'en est éloigné que d'une année, ce qui permet de dater le moment où une décision aurait pu être prise au nom du principe de précaution entendu sous sa forme extrême : décider sur la base de la seule hypothèse.

C'est cette possibilité virtuelle que nous allons examiner. Afin que la modélisation soit aussi fondée que possible, nous examinerons successivement les trois dimensions essentielles à la lumière de ce qui s'est réellement passé : les actions possibles à partir de la seule hypothèse, leurs effets (théoriques) en termes de contamination par transfusion et leur degré d'applicabilité. La question qui est sous-jacente est donc la suivante : était-il possible de faire mieux avec moins de connaissance ? Rappelons que l'on est dans un cas de figure où la question de la validité de l'hypothèse ne se pose pas, mais que la précocité de la décision pose en premier lieu celle des possibilités d'action. En effet, l'hypothèse considérée comme valide, ne permettait que d'agir dans deux directions qui aboutissent toutes deux au même résultat : soit réduire massivement la collecte de sang, soit réduire tout autant les transfusions. Une action radicale d'arrêt total était inenvisageable, car condamnant à coup sûr un nombre considérable de personnes dont la vie ou la guérison dépend de la fourniture de produits sanguins. Les possibilités de réduction sont, en théorie, multiples : limiter la collecte aux donneurs connus fidèles, n'utiliser les produits sanguins que dans les cas graves, en réduire les quantités, développer l'auto-transfusion, etc. Mais toute modalité restrictive aurait alors été décidée en l'absence de référentiel cognitif, et relevait du bon sens ou de l'intuition. Ce point figure bien la relation étroite entre le niveau de connaissance et les possibilités d'action. Dans le cas présent, prendre en compte l'hypothèse du pire (non seulement l'agent infectieux se transmet par le sang, mais sa prévalence est élevée et ses conséquences catastrophiques), conduisait à agir de la façon la plus large, non ciblée et aveugle, sur la source du risque. Cela tout en prenant un risque certain de perdre une partie des bénéfiques de la transfusion sanguine. Nous reviendrons sur ce point dans la dernière partie pour en estimer le degré de généralisation.

La seconde dimension qu'il faut évaluer de façon prospective est celle de ses effets comparés. Une application extrême du principe de précaution (en 1982) aurait-elle permis de réduire le nombre des contaminations par transfusion ? Ce qui est certain, c'est que, quelle que soit la forme d'action décidée à cette date, un certain nombre de contaminations

auraient été constatées, compte tenu du délai entre l'infection asymptomatique (transmissible) et la maladie sida déclarée. Le nombre de contaminations incompressible (insensible à toute décision prise sur la base de l'hypothèse) peut être estimé avec une relative précision au moyen des déclarations de cas de sida d'origine transfusionnelle (en laissant de côté les hémophiles). Les premiers cas identifiés par la date de transfusion remontent, en France, à 1974. De cette date à la fin de 1982 on en compte 159 sur les 1 255 cas recensés jusqu'en 1997¹⁰¹. Comme ce nombre ne représente qu'une faible partie du phénomène réel (décès, sous-déclarations, etc.) il faut le rectifier par un coefficient multiplicateur estimé à 3,3 (ce qui situerait le total des contaminations à 4 141, chiffre proche de celui qui a été recensé par le fonds d'indemnisation), ce qui conduit à un total de 524 contaminations pour la période précédant le moment où le principe de précaution aurait pu être appliqué. L'important est que ce nombre n'est pas négligeable, alors même que l'on aurait appliqué le principe de précaution sous sa forme la plus radicale, et cela en ayant recours à des décisions restreignant très fortement les pratiques transfusionnelles. Cela n'aurait rien changé à la nécessité de sélectionner les donneurs une fois identifiés les facteurs de risque en 1983.

Or l'absence (ou l'insuffisance) de sélection des donneurs est responsable d'un nombre bien plus important de contaminations. A partir de la même source il est possible d'estimer à la fois le nombre de contaminations inévitables, correspondant à l'inaction jusqu'en juin 1983, et ceux évitables par une application rigoureuse de la sélection des donneurs à partir de cette date. En attendant jusqu'au second semestre de 1983 pour agir de façon ciblée, le nombre de contaminations peut être estimé à un millier ($291 \times 3,3$). Mais le nombre de celles constatées selon la même méthode entre la mi 1983 et la fin de 1985 est de plus de 3 000 ($917 \times 3,3$). C'est ce nombre qui aurait pu être réduit par une application rigoureuse de la sélection des donneurs. En se fondant sur une sensibilité de 80 % (une capacité à identifier 8 donneurs à risque sur 10 candidats au don), accessible par une bonne sélection des donneurs, ce nombre aurait pu être limité à 600, soit plus de 2 400 contaminations évitées.

La troisième dimension de la modélisation porte sur les probabilités d'application de toute mesure décidée sur la base d'une hypothèse. Tout comme celle de sélectionner les donneurs, elle demande, pour être mise en œuvre, d'être observée par les acteurs concernés, transfuseurs, prescripteurs publics, sauf si l'on arrête la transfusion sanguine : leur latitude d'action leur permet d'y déroger s'ils l'estiment infondée. On peut raisonnablement inférer que le degré d'observance de telles décisions, à la fois plus

¹⁰¹ Ces chiffres sont ceux des cas de sida dont l'origine transfusionnelle est fondée sur une date unique de transfusion connue sans autre facteur de risque. Ils diffèrent de ceux enregistrés par la surveillance du sida en France qui en comptabilise 1 756 au 30 Juin 1997, *BEH*, 1997: 37-38, Réseau National de santé Publique.

radicales et moins fondées sur le plan scientifique, aurait été encore moindre que celui constaté en matière de sélection des donneurs.

III.- PREVENTION ET PRECAUTION A L'AUNE DE L'OBSERVANCE

Quel que soit le principe ou modèle utilisé face à un danger aux contours incertains, se pose la question de la crédibilité des choix décidés. Rendre crédible une hypothèse de risque s'oppose à l'exigence de précocité. Le problème est d'autant plus aigu que la transition de la décision formelle (administrative) à sa mise en œuvre réelle repose sur la conviction des acteurs concernés. Conviction qui mélange jugement cognitif sur la décision et évaluation des coûts qu'ils auront à subir en s'y conformant. La fonction de la connaissance scientifique est d'assurer la pertinence, d'une part de la décision d'agir ou de ne rien faire et, d'autre part, des réponses retenues pour en assurer l'efficacité. Dans le cas des produits sanguins qui apportent un bénéfice certain, cette efficacité relève du rapport entre la perspective de la réduction du risque et la nécessité de réduire le moins possible les bénéfices de la transfusion.

La décision de sélectionner les donneurs en Juin 1983 peut être interprétée comme relevant d'un compromis entre un recours à la prévention classique et au principe de précaution extrême. La connaissance des facteurs de risque, inconnus une année auparavant, permet essentiellement de fournir une direction à l'action qui soit compatible avec le maintien des bénéfices apportés par la transfusion sanguine. En ce sens, la décision est conforme au modèle préventif, mais relève aussi de la précaution du fait qu'elle considère comme valides plusieurs hypothèses qui ne sont pas encore démontrées (sur la fréquence, la magnitude, le temps d'incubation, etc.). Mais elle ne permet que de réduire le risque, pas de le supprimer. Sa base de légitimité est étroite, mais avec de bonnes chances d'efficacité sanitaire et avec un coût quasi nul pour les receveurs de produits sanguins. En effet, d'un côté, la sélection des donneurs peut réduire massivement le risque, si l'hypothèse du pire se confirmait, de l'autre en termes de réduction des bénéfices, la perte d'un pourcentage de donneurs de sang pouvait être absorbée sans conséquence pour les receveurs et ce, que l'hypothèse s'avère juste ou erronée.

Malgré sa rationalité, la décision n'a pas été observée par les acteurs concernés. Il est inutile d'entrer dans le détail des différents motifs invoqués et des intérêts lésés selon les différents publics, mais tous se rejoignent sur une contestation de la décision, manifestement perçue comme illégitime et inutile. Si l'on écarte l'alternative qui ferait de l'inobservance la

marque d'une intention de nuire, et elle ne peut qu'être exclue, la seule explication tient dans le déficit de crédibilité qui repose sur une perception nulle du risque couplée à une faible légitimité de la décision. Dans ce cas, et avec un degré de généralisation sur lequel nous reviendrons, l'efficacité de l'action face au risque apparaît comme le produit direct de sa capacité à apparaître légitime, c'est-à-dire à rendre acceptable la décision. Celle-ci est fonction de la perception du risque par ceux qui sont concernés.

On voit là le fossé qui sépare la vision abstraite du modèle précautionneux, plus précoce étant synonyme de plus efficace, de la réalité qui passe par l'appropriation de la décision à travers sa légitimité. Non seulement l'application d'une précaution appuyée sur la seule hypothèse de transmissibilité sanguine n'aurait pas empêché un certain nombre de contaminations, mais de plus son degré d'observance n'aurait eu aucune chance d'être plus élevé que la décision " plus tardive " de sélectionner les donneurs, sauf si la décision consistait à interdire l'usage des produits sanguins le plus tôt possible. Il reste à dégager les principes qui gouvernent l'économie de l'applicabilité des décisions face au risque et à préciser leur degré de généralisation.

IV.- DU CAS ANALYSE AUX POSTULATS PROPOSES

La comparaison entre prévention et précaution appliquée au cas du sang contaminé permet de faire émerger quelques principes énoncés sous forme de postulats qui encadrent le choix de recourir à l'une ou à l'autre. L'avantage est de rendre plus explicite le registre d'actions possibles et les conséquences qui leur sont associées, sans pour autant prétendre à une normativité globale, c'est-à-dire à retenir l'un des modèles et à en exclure l'autre. Cinq postulats sont proposés, trois illustrent les contraintes de nature technique, deux les contraintes de nature sociologique et comportemental.

1) Le niveau de connaissance disponible pour agir face au risque détermine les possibilités d'action : plus ce niveau est élevé, plus l'action peut être ciblée, c'est-à-dire efficace et économe.

Ce principe général caractérise la démarche préventive de santé publique fondée sur la connaissance épidémiologique. Par exemple, la contamination sexuelle de l'infection par le VIH permet de suspecter tout candidat au don de sang sexuellement actif, la connaissance de comportements à risque (comme les rapports homosexuels) permet de cibler sur ce groupe avec un rapport coût/efficacité bien supérieur ; le coût étant, dans notre

cas, celui entraîné par l'exclusion d'un certain nombre de donneurs de sang et le bénéfice, la réduction de la probabilité à contaminer des receveurs. De même, le risque de transmission de l'ESB donnerait lieu à un arrêt total de la consommation de viande bovine sur la base de l'hypothèse d'une transmission à l'homme, mais à une suppression sélective de certaines parties (abats, thymus, moelle osseuse) sur la connaissance d'une affinité des prions avec ces organes bovins.

2) La connaissance réduite à une hypothèse limite les possibilités d'action à la suppression de la source soupçonnée ou à la réduire largement

Ce postulat est le corollaire du précédent. Réduite à l'hypothèse d'une relation entre des effets adverses et une source supposée, la connaissance ne fournit d'autres alternatives que de tarir la source. L'hypothèse d'une transmission de certains virus lors de transplantations xénogéniques (d'organes ou de tissus animaux chez l'homme) explique que cette technique ne soit pas autorisée chez l'homme et l'objet dans la plupart des pays d'un moratoire. Le risque potentiel de la viande aux hormones ne permet que de l'interdire. Bien entendu, toute hypothèse de risque ne conduit pas à un tel choix, mais il est d'autant plus facilité que le coût entraîné par l'interdiction est faible ou externalisé. Par exemple, l'hypothèse d'un risque de tumeurs cérébrales liée à l'utilisation des téléphones cellulaires n'entraîne pas ce type d'interdiction, ni celle liée aux champs électromagnétiques dus aux lignes à haute tension. Mais quelle qu'en soit l'issue, tous ces cas illustrent la faible latitude d'action laissée par une connaissance réduite à une hypothèse.

3) L'absence d'analyse quantifiée du risque conduit à ignorer les rapports risque/bénéfice et coût/efficacité.

En effet, moins le risque est caractérisé, estimé, évalué, plus il est difficile, voire impossible de comparer les bénéfices (hypothétiques) apportés par la suppression de la source, aux coûts (réels) entraînés. L'action entreprise au nom du principe de précaution qui accorde une attention prioritaire à l'éventualité catastrophique est rendue possible par une survalorisation du danger qu'autorise le faible niveau de connaissance. Dès lors, quelle que soit la volonté de prendre en compte ces rapports, ils sont inestimables : par exemple, si le risque de transmission de l'ESB à l'homme par la viande bovine se limitait à quelques dizaines de cas d'ESST (encéphalopathies spongiformes subaiguës transmissibles), le coût des décisions prises lors de la crise de 1996 s'avérerait exorbitant comparé aux autres problèmes de santé publique, mais serait justifié si l'incidence était de plusieurs milliers ou centaines de milliers. La précocité de décisions prises au nom du principe de précaution est incompatible avec une évaluation quantifiée du risque, indispensable pour en estimer la pertinence.

4) Plus une action restrictive est décidée sur une connaissance réduite (hypothèse de risque), moins elle est légitime.

Une décision publique face au risque a besoin d'apparaître légitime afin de ne pas être perçue comme arbitraire, donc injuste. Aujourd'hui, le degré de légitimité est intimement liée à niveau de connaissance scientifique sur laquelle se fonde la décision d'interdire ou de restreindre une activité ou un produit soupçonné d'être à l'origine d'effets adverses. La légitimité de la décision en favorise l'acceptabilité, donc l'efficacité. C'est dire que la légitimité repose sur l'existence de règles du jeu explicites, reconnues et universelles (du moins à l'échelle où elles s'appliquent) et que de leur respect dépend le sentiment de légitimité qu'inspirent les décisions d'interdiction ou de restriction.

5) L'absence de légitimité ou sa fragilité extrême risque de conduire au contentieux et/ou à l'inobservance de la décision censée répondre à un risque hypothétique.

Toute décision en réponse à un risque, qu'il soit caractérisé ou hypothétique, aboutit à restreindre les pratiques, les modifier ou les interdire en affectant spécifiquement les intérêts de certains individus ou groupes d'individus. Leur opposition à la décision est une réaction prévisible et constatée. Celle-ci peut prendre deux directions : la contestation ou un déficit, plus ou moins large, d'observance de la décision. L'une n'est pas exclusive de l'autre. Exprimée sous forme de contentieux devant le juge administratif, ses conséquences en termes de gestion du risque sont réduites, voire nulles. Par contre, elles peuvent être redoutables si l'opposition se traduit par un refus d'observance dans le cas où le risque est, ou s'avérait réel. Plus largement, le degré d'inobservance est lié à la perception que les acteurs concernés ont du risque et à la nature de la décision, interdiction ou demande de modification de comportement. La nature de la décision détermine la latitude dont ils disposent pour ne pas appliquer la décision qui les affecte.

Si la perception du risque est nulle ou très faible, le degré d'acceptabilité qu'ils accordent à la décision l'est en conséquence ; c'est ce qui s'est passé dans le cas du sang contaminé et cette attitude de refus va bien au-delà des transfuseurs pour concerner le public et certains médias rebelles à la sélection, les hémophiles opposés à un changement de leur traitement et les prescripteurs médicaux. Le cas de l'ESB en fournit une autre forme d'expression, du fait que la gestion du risque relevait des comportements individuels : prendre au sérieux l'hypothèse de la transmissibilité humaine aurait dû se traduire par un arrêt de la consommation individuelle de viande bovine. Or seule une partie réduite de la population a pris cette décision (entre 10 et 30 % si l'on en croit les chiffres de ventes de viande bovine dans les mois qui ont suivi la crise de 1996), mais, de plus, la diminution n'a pas été durable. De la même façon, alors que l'interdiction des farines animales était en

vigueur en Grande Bretagne depuis 1990, des enquêtes montrent que près d'un éleveur sur deux ne l'a pas observée.

Le défaut d'observance est encore plus prévisible quand, face à une hypothèse de risque perçu de façon négative, la décision vise à modifier des pratiques sans pour autant supprimer ou interdire la source du risque. Par exemple, si le retrait du marché d'un médicament aux effets indésirables mal caractérisés laisse peu de latitude aux acteurs concernés, par ailleurs en nombre réduit et clairement identifiés, il en va différemment quand il s'agit de prendre en compte un risque tel que celui de contamination par transfusion en 1983. Dans ce cas, les modifications de comportements sont à la fois décisives et difficiles à installer : la perception du risque est le facteur clé de l'observance et elle est déterminée par le degré de légitimité que produit la décision sur les acteurs concernés.

V.- SYNTHÈSE ET PERSPECTIVES DE GÉNÉRALISATION

La décision de sélectionner les donneurs prise en juin 1983 (en France), qui était en mesure de réduire massivement le nombre de contaminations, a été prise sur la base d'une connaissance très réduite, proche du principe de précaution. La mauvaise observance de la décision est à l'origine d'un nombre important de contaminations évitables, mais pas de toutes, et ce, même si l'application du principe de précaution avait été extrême, sur la base de la seule hypothèse.

Le défaut d'observance traduit la faible crédibilité accordée à l'hypothèse, corrélée à une perception nulle du risque et au coût sélectif de la mesure perçu par ceux qu'elle affecte. On peut donc avancer qu'une action plus précoce, encore moins fondée sur des faits, n'aurait pas été plus efficace, car encore moins crédible, plus coûteuse et moins légitime. La capacité à ne pas observer les comportements conformes à la décision est d'autant plus importante que les personnes concernées disposent d'une plus grande latitude pour s'en exonérer.

Le niveau de connaissance utilisé apparaît déterminant de l'efficacité des interventions décidées et du degré d'observance par les acteurs concernés.

A partir du cas du sang contaminé confronté à l'application rétrospective du principe de précaution se pose la question suivante : le cas a-t-il valeur de modèle généralisable ?

Tout d'abord ce cas nous semble exemplaire pour souligner la spécificité du secteur de la santé, tant du système de soin que de la santé publique entendue comme démarche visant à réduire le risque. La plupart des paramètres mis en évidence sont présents, au premier rang desquels l'importance des rapports bénéfice/risque et coût/efficacité. Leur présence incontournable (qu'elle soit ou non explicitée) rend injustifiable de renoncer à des bénéfices apportés par des produits ou des activités au nom de risques hypothétiques. En conséquence, l'exigence structurelle propre au secteur de la santé reste de réduire un risque omniprésent au coût le plus faible possible, entendu à la fois comme allocation supplémentaire de ressources et comme perte des bénéfices. Pour y parvenir, il est indispensable d'avoir du risque une connaissance minimum, sinon quantifiable. Ne pas en tenir compte est encore plus dangereux quand le phénomène met en présence deux risques, l'un identifié selon la démarche de santé publique, l'autre au nom du principe de précaution. C'est le cas du vaccin contre l'hépatite B confronté au risque incertain, et de toutes façon réduit, de provoquer des affections démyélinisantes¹⁰². La question posée par ce cas est la suivante : face à des résultats des recherches épidémiologiques non significatifs, fallait-il recourir au principe de précaution et se priver des bénéfices apportés par une vaccination massive, ou attendre de voir confirmer ou infirmer le risque supposé ? Le cas soulève en même temps la question des conditions de réversibilité de la décision. Même si un jour celle-ci était révisée faute de confirmation du risque, ce retour en arrière formel ne serait pas pour autant un retour à la réalité antérieure, du fait de la désaffection entraînée par le doute dans l'esprit du public.

Ensuite, au sein même du secteur de santé des distinctions permettent de moduler le recours au principe de précaution en fonction de la source de risque soupçonnée. Les produits se prêtent beaucoup mieux à son utilisation, mais surtout lorsqu'ils ne sont pas encore mis sur le marché. Lorsqu'ils circulent sur le marché, le problème de la légitimité se pose plus âprement, même si le niveau d'observance n'en est pas toujours un. Là aussi, faire la démonstration que le risque soit suffisant à supprimer les bénéfices apportés est difficile quand les faits sont fragiles ou inexistantes, sauf s'il existe un produit substituable. La difficulté de recourir au principe de précaution apparaît plus grande quand il s'adresse à des pratiques ou à des activités. Quand bien même le risque serait caractérisé (cas des infections nosocomiales), le fait que la réponse concerne de multiples professionnels (service, équipe de soins, actes multiples) implique que son succès repose sur le niveau d'observance individuel et collectif des changements comportementaux préconisés. Si le modèle préventif, fondée sur une connaissance fine des facteurs de risque reste insuffisant à les déterminer, on voit mal comment de simples hypothèses y parviendraient.

¹⁰² Voir, D. Lévy-Bruhl, et al. "Comparaison entre les risques de premières atteintes démyélinisantes centrales aiguës et les bénéfices de la vaccination contre l'hépatite B", *BEH*, 1999: 9: 33-35.

Enfin, le modèle de la précaution s'oppose à la mise en œuvre de la démarche qualité sur laquelle repose la réduction des risques dans le système de soins, et ce doublement. D'une part, en s'éloignant d'une médecine fondée sur les preuves (*evidence-based medicine*), d'autre part en favorisant un sentiment d'équivalence entre risques réels à fortes prévalence et magnitude avec d'autres hypothétiques et aux conséquences incertaines. Autrement dit, le recours au principe de précaution dans ce secteur contredit le besoin d'assurer le développement du référentiel scientifique et représente un frein à la diffusion d'une culture du risque méthodologiquement robuste.

En conclusion, la valeur du cas du sang contaminé apparaît globalement généralisable à l'ensemble du système de santé où le recours au principe de précaution présente bien des inconvénients et peu d'avantages. Aussi, si la précaution peut y être envisagée dans certains cas, l'ériger en "principe" en rendrait l'usage largement contre productif. La complexité des phénomènes humains et techniques qui concourent à une amélioration de la sécurité sanitaire ne se résoudra pas en usant de slogans simplificateurs, aussi rassurants qu'ils puissent l'être pour un public à juste titre inquiet.

Michel SETBON
CNRS
Ecole Normale Supérieure
61, avenue du Pdt Wilson
94235 Cachan cedex