

**OBSERVATIONS** prononcées à la suite de la communication de M. Georges David, (séance du lundi 19 février 2007)

**Roland Drago :** Contrairement à ce qu'affirment certains journalistes, le principe de précaution n'est nullement sacro-saint. Nous savons bien qu'il ne s'applique qu'à l'environnement, comme cela a été précisé dans la réglementation communautaire, puis dans le Code de l'environnement en France et enfin dans la disposition constitutionnelle. Auparavant, le Conseil constitutionnel, dans une décision de 1991, à l'occasion d'une question portant sur la santé publique, avait précisé que le principe de précaution n'avait pas et ne pouvait pas avoir valeur constitutionnelle. Or, en matière juridique, ce qui n'est pas prévu ne peut pas s'appliquer. Donc, vous avez eu raison de dire que le principe de précaution « n'aurait dû » être employé qu'en matière d'environnement. C'est à tort qu'on a voulu l'étendre à la santé car cela a eu toutes sortes de conséquences fâcheuses. En effet, à partir du moment où l'on décide qu'une responsabilité est fondée sur le principe de précaution, on se retrouve dans un système de responsabilité causale. Autrement dit, la base philosophique de la responsabilité, c'est-à-dire la faute, disparaît.

Le Conseil constitutionnel a joué, là encore, un rôle déterminant par une décision de 1999. Il a en effet repris sous la forme constitutionnelle les dispositions de l'article 1382 du Code civil, faisant de la faute la base même de la responsabilité dans le droit français. En conséquence, la responsabilité sans faute ne peut être qu'une exception, à condition que cette exception soit précisée.

On abandonne donc aujourd'hui la responsabilité automatique que le recours à la notion de précaution pouvait faire valoir ; on abandonne aussi la subjectivité que l'interprétation des comportements pouvait comprendre.

Dans le domaine médical, la jurisprudence a essayé de faire prévaloir la notion d'aléa thérapeutique. Celle-ci donne en fait au juge un pouvoir très important sans aucune base. C'est pourquoi sans doute la loi de 2002 sur les droits des malades a repris des systèmes de responsabilité précis et délaissé l'aléa thérapeutique.

\*  
\* \*

**Bertrand Collomb:** Pour avoir fait partie de la commission Coppens qui a débattu de la Charte constitutionnelle pour l'environnement, j'ai été directement impliqué dans les discussions sur le principe de précaution. Au départ, il est apparu que les membres de la commission ne souhaitent pas recourir à l'expression galvaudée de « principe de précaution », mais qu'ils voulaient en garder et en exprimer l'idée. Le Président de la République a alors estimé qu'il n'était pas sérieux de parler du principe de précaution sans le dire. Nous avons donc essayé de caractériser ce principe de façon assez précise, ce qui ressort du texte de la Charte, à mon sens plus précis que celui de la loi Barnier.

Le principe de précaution ne s'appliquerait-t-il qu'à l'environnement ? Sans doute pas car l'article I de la Charte indique que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé ». La limite n'est donc pas stricte entre environnement et santé.

Il est regrettable que le principe de précaution soit souvent invoqué de façon erronée. En effet, choisir entre des situations à probabilité connue, mais qui sont des situations différentes, ne relève aucunement du principe de précaution. Celui-ci vise une situation où on ne connaît pas les conséquences d'une action et où il y a un minimum de présomption qu'il puisse y avoir des risques.

Il établit que l'on doit d'abord essayer de comprendre et de prendre des mesures proportionnées, pour connaître l'ampleur des risques le plus vite possible et prendre une décision. Formulé ainsi, le principe de précaution apparaît comme une idée de bon sens. Même si je comprends la réticence, notamment du milieu médical, face au principe de précaution, je ne pense pas qu'il soit sage de dire qu'on ne veut pas de précaution. Nos concitoyens ne le comprendraient pas. Par contre, il est nécessaire de replacer le principe de précaution dans son véritable champ d'application.

Un problème corolaire est celui de l'acceptation du risque. La difficulté tient à ce qu'il faut avoir l'humilité de considérer que l'expert n'est pas forcément celui qui a la décision. Dans le dialogue entre l'expert et le citoyen, tout n'est pas nécessairement de l'ordre du rationnel. Notre confrère Maurice Allais a montré, par son fameux paradoxe, que si l'on propose à quelqu'un 12 000 euros avec une probabilité de 50 % ou 5000 euros sûrs, il n'est pas certain qu'il choisira les 12 000 euros – alors que l'expert établit que l'espérance mathématique de la somme à recevoir est supérieure dans ce premier cas. Il faut donc, quand on est expert, rester modeste par rapport aux choix des gens qui souffrent ou supportent les conséquences. De là découle l'exigence de transparence des patients lorsqu'il s'agit des médecins, exigence qui ne va pas sans poser de graves problèmes. Comment en effet expliquer à un patient qu'il n'y a qu'une chance sur un million que se produise tel phénomène si on lui fait subir telle ou telle intervention ? Quoiqu'il en soit, il apparaît que la certitude de la rationalité de l'expert est toujours très difficilement acceptée par l'opinion. La notion de risque est celle de probabilité, or celle-ci est malheureusement fort mal enseignée dans les écoles.

\*  
\* \*

**Alain Plantey :** L'origine de ce système est dans l'assurance. Notre époque a développé l'assurance contre tout. Il est des experts spécialisés dans l'assurance. Or le fait de pouvoir s'assurer contre tous les risques fausse le sentiment social. En effet, d'une part, on désresponsabilise les gens et, d'autre part, on fait porter par la société le résultat du comportement coupable.

\*  
\* \*

**Jean Baechler :** Pourquoi s'est-on laissé aller à confondre précaution et prévention ? Vous avez évoqué deux coupables possibles : d'une part, l'opinion publique, pour qui la distinction entre prévention et précaution relève de la philosophie ; d'autre part, les hommes politiques qui, évidemment, ne veulent plus vivre la situation des scandales que nous avons connus. Or ces deux populations ne subissent aucun coût du respect du principe de précaution. En effet, ce qui ne sera pas fait, ce qui ne sera pas inventé en termes de santé est de l'ordre de l'insaisissable. Cela revient à dire que ce sont les autres qui payent.

Mais n'y a-t-il pas une autre population, constituée de coupables à proprement parler ? J'entends les avocats et les hommes de loi, pour qui le principe de précaution peut être extrêmement lucratif par l'entremise des procès, donc des honoraires, parfois proportionnels au montant des dommages et intérêts que l'on peut soutirer à ceux qui n'auront pas respecté le principe de précaution.

\*  
\* \*

**Raymond Boudon :** Ne faudrait-il pas dire explicitement que le principe de précaution pose un problème logique quasiment insoluble, à savoir qu'il ne peut être évoqué qu'avec précaution ? Sauf à engendrer le risque *sui generis* qu'est la paralysie de l'action.

\*  
\* \*

**Yvon Gattaz :** Dans l'entreprise, le risque est permanent. Il est surtout élevé pour la création d'entreprises. Les jeunes ont, à leur naissance, une dotation du goût du risque qui est congénitale et qui est à son maximum. Or, ce goût du risque ne fait que diminuer au cours de la vie ; c'est un escalier qui descend et qui ne remonte jamais. C'est pour cela que nous conseillons aux jeunes de créer des entreprises le plus tôt possible et de ne pas attendre que leur goût du risque ne soit trop émoussé. Des études trop longues et trop performantes émoussent le goût du risque ; une trop belle situation émousse le goût du risque ; une famille nombreuse émousse le goût du risque etc., et l'escalier descend jusqu'aux rhumatismes et au cholestérol...

Lorsque le principe de précaution a été lancé – certes dans d'autres domaines – nous, chefs d'entreprise, avons eu très peur qu'il n'étouffe le goût du risque chez les jeunes. Car c'est là le principal moteur de la création d'entreprise.

\*  
\* \*

**Jacques de Larosière :** Je ferai deux remarques. Tout d'abord, il y a un moment où des choix – fondés sur la statistique – sont nécessaires. Ainsi, à partir d'un âge relativement avancé, certains traitements thérapeutiques peuvent être considérés par la collectivité comme trop coûteux par rapport au gain en longévité. Convient-il de les abandonner ?

Ma seconde observation est que, si le principe de précaution a fait en France plus de ravages qu'à l'étranger, c'est parce que nous avons pris l'habitude de considérer que quand quelque chose va mal, le gouvernement est responsable. Il en résulte que les hommes politiques sont davantage sous pression que dans les pays étrangers pour parer à tout risque. On crée ainsi dans la population ce que les Anglo-saxons appellent le *moral hazard*, un concept selon lequel tout événement entraînant des dommages doit être pris en charge par l'État ou la collectivité. C'est une véritable incitation à multiplier les recours contre l'État, avec des incidences budgétaires non négligeables, ou contre les médecins, ce qui tend à les démotiver.

Vous avez dit que l'Institut de la veille sanitaire avait été créé en 1998. Mais c'est aussi en 1998 que l'on a mis en œuvre la technique "évoluée" de recherche virale, dont vous avez montré qu'elle n'avait aucune justification. Peut-on à la fois avoir l'Institut et des errements dispendieux ?

\*  
\* \*

**Pierre Mazeaud :** Permettez-moi simplement de faire une observation, en précisant tout de suite que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi sur le principe de précaution puisque celui-ci figure dans un texte adossé à la Constitution.

Vous nous avez indiqué que ce principe de précaution était très contestable, notamment en matière médicale. J'irai beaucoup plus loin en disant qu'il est contestable partout. Il a en effet pour

conséquence de nous placer dans un nouveau système de responsabilité où la faute n'existe plus, mais où s'y substitue une responsabilité basée uniquement sur le risque, ce qui implique que l'État soit mis en permanence à contribution. On rentre dans un système contraire à nos principes juridiques fondamentaux, tels qu'exprimés par l'article 1382 du Code civil où la responsabilité n'est basée que sur la faute. Si on la base sur le risque, le juge doit faire appel à des experts et à des contre-experts dans des procédures interminables et sans issue. Déjà aujourd'hui, certains se posent la question de savoir si le fait de ne pas prendre de précautions ne serait pas constitutif d'une faute...

Je crains les effets dévastateurs d'un tel système. En matière médicale, nous risquons demain de ne plus trouver ni chirurgiens ni chercheurs.

\*  
\* \*

**François Terré :** Le problème du principe de précaution ne doit-il pas être rattaché à toute l'évolution de la responsabilité civile, à commencer par le mot de "prudence" ? Il ya en effet la prudence à la base de tout. Ce concept qui nous vient d'Aristote jalonne tout le droit de la responsabilité. La première conception, qui fondait la responsabilité sur la faute, a subi au XX<sup>e</sup> siècle un certain nombre d'assauts parfaitement légitimes. Sous l'influence des progrès de la science, ce fut, dans le premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, la physique ; dans le deuxième tiers, ce fut la chimie ; dans le troisième tiers, ce fut la biologie. À partir de là s'est produit un immense renversement. Mais il ne faut pas oublier que la théorie du risque était déjà développée à propos des accidents du travail avec la loi de 1898. Il ne s'agit donc aucunement d'une nouveauté.

L'immense renversement dont je parle tient à ce qu'avant le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, qu'il s'agisse de la faute ou qu'il s'agisse du risque, le problème de la responsabilité était pensé par le droit à travers l'analyse du comportement de l'auteur du dommage ; or, à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le problème de la responsabilité a été envisagé du point de vue de la victime, d'où la victimologie et la réparation des préjudices.

Tant qu'il ne s'est agi que d'un renversement de la perspective, l'idée de prudence n'a pas été modifiée car, à côté de l'article 1382 du Code civil, il y avait déjà, dès 1804, un certain article 1383 qui ajoutait que chacun était responsable des dommages causés par ses imprudences et ses négligences. Dès lors, le concept même de référence à la faute, avec l'idée morale ou pénale qui y était attachée, est mort.

Jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, les juristes avaient toujours été inspirés par une heuristique du progrès. Mais à l'heuristique du progrès a succédé l'heuristique de la peur et c'est en réalité par l'effet de la peur – nous savons bien que le droit n'est aujourd'hui l'effet que de la colère des victimes, des clameurs de la rue et des imbécilités des journalistes. Voilà les sources du droit ! – que s'est imposé le principe de précaution. Et toutes les lois qui ont suivi, lois Kouchner ou pas, sont inutiles car elles s'aventurent sur le domaine de l'inconnu. À partir du moment où l'on prétend interdire certaines choses et ne pas en interdire d'autres, on légitime l'inconnu.

\*  
\* \*

### **Réponses :**

**À Roland Drago :** La loi du 4 mars 2002 a permis d'apporter une solution aux exigences de la victime sans qu'il y ait de condamnation, en dégageant la notion d'aléa médical. Par l'intermédiaire de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des dédommagements peuvent être versés sans qu'il y ait imputation de faute. Cela représente assurément un progrès.

Mais comme il est difficile de juger de la faute par absence de décision, le politique en charge de décisions dans le domaine de la santé a tendance à raisonner plus en fonction de la responsabilité du moment que de la responsabilité future.

**À Bertrand Collomb :** Il est vrai que la commission Coppins a réussi à canaliser la pression qui s'exerçait en faveur du principe de précaution. Alors que la commission était en plein travail, l'Académie des sciences et l'Académie de médecine ont émis des réserves très sérieuses sur le principe de précaution, proposant un autre concept, celui de l'anticipation, ce qui s'est concrétisé par la loi relative à l'Institut de veille sanitaire. La principale réserve à l'égard du principe de précaution tient au sentiment qu'il a laissé dans l'opinion publique et qui a assuré son succès, à savoir que l'on allait échapper à la dictature de l'expertise et que l'on pouvait prendre des mesures en fonction de la conscience plus ou moins diffuse d'un risque potentiel non évalué par des experts. L'Institut de veille sanitaire présente en revanche l'immense avantage de réintroduire les experts, non pas *a posteriori*, mais *a priori*, en exigeant d'eux une interprétation de tout événement anormal. On recouple ainsi à nouveau prudence et expertise – que le principe de précaution avait dissociées.

Je retiens votre conseil d'humilité aux experts. Vous n'avez que trop raison. Accordez-leur toutefois le droit de faire le bilan des opérations entreprises en vertu du principe de précaution. Or, c'est un grand manque que de ne plus faire ce qu'on appelle dans toute science du risque "le retour d'expérience".

**À Alain Plantey :** L'intervention de l'assurance pose assurément problème. Le rôle de l'assurance est toutefois ingrat car elle ne peut assurer que ce qui est probabilisable et elle se refuse donc à assurer dès lors qu'il y a un risque non quantifiable.

**À Jean Baechler :** Vous avez à très juste titre souligné le rôle de l'opinion dans la confusion entre précaution et prévention, de même que celui des hommes politiques qui décident en fonction du moment présent et souvent sous le poids d'une pression médiatique.

**À Raymond Boudon :** Votre formule a le mérite d'une grande simplicité et d'une grande sagesse. Elle vaut la peine d'être retenue.

**À Yvon Gattaz :** Il est bien vrai que la responsabilité de l'industriel qui fabrique des produits devient aujourd'hui très lourde en raison du principe de précaution. On peut avoir des soupçons sur de nouveaux produits, mais il est difficile de prouver à coup sûr leur nocivité. Or, le principe de précaution qui permet de tout bloquer ne peut que décourager les entrepreneurs d'innover et de prendre des risques.

**À Jacques de Larosière :** La question des limites à apporter à l'application de certaines thérapeutiques en fonction de leur coût est une question d'une brûlante actualité en raison des problèmes budgétaires que nous connaissons. L'accès aux techniques nouvelles de soins risque d'être conditionné par l'intérêt évaluable qu'elles peuvent présenter. Une application très concrète est celle que connaît l'Angleterre où les médecins, pour des patients de plus de 60 ou 65 ans présentant une insuffisance rénale, ne mettent plus en action, par principe, la dialyse ou la greffe de rein. Nous devons avouer qu'une telle attitude nous choque, mais le problème du coût de la santé va se poser de façon de plus en plus aigüe.

Vous évoquiez la concomitance, en 1998, de l'accident que je signalais et la naissance de l'Institut national de veille sanitaire. Il est évident que tout l'ensemble de structures d'anticipation n'est pas devenu fonctionnel immédiatement. Toutes les différentes agences impliquaient la réalisation d'une coordination entre elles. Mais, au travers des rapports annuels successifs de cet institut, on voit s'instaurer un outil de prévention véritablement efficace et cohérent au niveau

français.

**À Pierre Mazeaud :** Je n'aurais jamais osé employer des termes aussi forts que les vôtres, mais je les pensais. L'absence de prise de décision étayée ne sera plus imputable seulement aux décideurs politiques, mais va mettre en cause la responsabilité des structures qui sont chargées de faire cette anticipation. Cela va donner une nouvelle responsabilité aux experts qui ne disposeront plus de la solution de facilité qui consiste à donner des avis sans engager leur responsabilité.

**À François Terré :** Vous avez donné une explication philosophico-sociologique à l'évolution de la responsabilité civile et vous avez rappelé avec beaucoup de bon sens que l'on aurait pu se contenter du principe général que représente la prudence – sans introduire la précaution agrémentée du devoir de prévoir l'imprévisible...

Il est parfaitement exact que nous sommes aujourd'hui dans une heuristique de la peur que le principe de précaution tend à exagérer. Une équipe sociologique autrichienne a conduit une recherche sur ce point. Elle a constitué deux groupes de jeunes gens que l'on a informés par un texte sur les risques des radiations électromagnétiques. Le texte était le même dans les deux groupes, à ceci près que, pour l'un, il était assorti d'une remarque précisant que ce risque avait fait l'objet, dans certains pays, d'une mesure de protection invoquant le principe de précaution. On a ensuite examiné les résultats d'un questionnaire permettant d'évaluer la perception du risque dans les deux groupes. On a constaté alors, dans le groupe ayant reçu l'information du recours au principe de précaution, une augmentation significative du pourcentage d'enquêtés persuadés de l'existence d'un risque. On a là la démonstration de l'effet nocif de l'évocation du principe de précaution qui tend, dans l'opinion, publique, à être interprété comme une confirmation de l'existence du risque.

\*

\* \*