

PRINCIPE DE PRÉCAUTION, CLASS ACTIONS ET PROGRÈS TECHNOLOGIQUE

Jean-Paul TRAN THIET¹

Lors du Congrès du 28 février 2005, rassemblant députés et sénateurs à Versailles, il a été décidé de modifier le préambule de la Constitution de la Vème république pour donner valeur constitutionnelle, c'est-à-dire conférer le degré le plus élevé dans l'ordre juridique français, «aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004». Qu'apporte le texte de ladite charte ? il prévoit principalement que "*lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*" (article 5). C'est ainsi que le concept du principe de précaution a acquis, en droit français, valeur constitutionnelle. Cette charte dit également, dans l'article qui précède, que "*toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi*" (article 4).

D'aucuns penseront qu'on se trouve, avec ces dispositions, assez éloigné du monde de la santé. Mais c'est oublier qu'il n'existe, dans tous les textes en cause, aucune définition de ce qu'il faut entendre par "environnement". D'ores et déjà, la lutte engagée par certains pour la protection de l'environnement vise à l'interdiction de tous les OGM. Avant même que le texte amendement la Constitution ne fût voté, on trouvait sur Internet, à l'attention des maires, des projets d'arrêté municipal interdisant la culture de maïs transgénique. Qui pourrait assurer qu'au nombre des prochaines menaces désignées comme susceptibles de porter atteinte à l'environnement on ne comptera pas, demain, tout ou partie des médicaments issus des biotechnologies ?

Dans l'immédiat, on se bornera à souligner les dangers qu'il peut y avoir à faire entrer, sans réflexion approfondie, le principe de précaution dans le texte de notre Constitution. De nombreuses autorités scientifiques et morales ont invité les hommes politiques à bien peser les avantages et les inconvénients, avant de s'engager dans cette voie. Des experts d'opinions différentes s'interrogent, jusque dans les pages de ce numéro d'AMIPS Info, sur les bénéfices et les risques d'une telle décision. La présente chronique se contentera de mettre en évidence, du point de vue du juriste, les conséquences qui pourraient en résulter. Elle tentera aussi de mettre en perspective la création de ce nouveau principe constitutionnel avec la mise en place annoncée, dans notre pays, de mécanismes inspirés des *class actions* américaines.

Ombres et lumières du principe de précaution

¹ Avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre - membre du Conseil éditorial de AMIPS Info.

Il n'existe pas de définition universellement admise du Principe de Précaution. Pour certains, ce principe implique que des mesures soient prises lorsqu'il existe des "raisons suffisantes" de croire qu'une activité ou un produit risque de causer des "dommages graves et irréversibles" à la santé ou à l'environnement. Pour d'autres, même s'il n'existe que des risques potentiels qu'un produit ou une activité puisse causer des dommages sérieux pour l'homme ou l'environnement, ou même lorsque n'existent que des présomptions de risques, et quand bien même il n'y aurait pas de preuve irréfutable que le produit ou l'activité soit la cause réelle de ce dommage, le produit ne pourrait pas être mis sur le marché ou l'activité exercée. Le nouveau texte constitutionnel n'ouvre pas tout grand la porte aux interprétations les plus extrêmes, puisqu'il n'évoque que l'hypothèse où un dommage serait susceptible d'affecter "*de manière grave et irréversible*" l'environnement. Mais ces termes, notamment le mot "grave" ne sont pas plus définis. Le juge qui sera chargé de les appliquer aura donc la tâche rude. Outre la lettre du texte, il ne pourra guère trouver de sources d'interprétation, pour forger son opinion, qu'en se référant aux multiples acceptions conférées au principe de précaution dans d'autres textes.

En droit français, c'est la loi Barnier de 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, qui a, en premier lieu, évoqué le principe de précaution. Elle l'a défini comme 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* ». (Code de l'environnement art. L110-1). On voit que cette première introduction restait prudente, puisqu'elle n'évoquait que l'adoption de mesures "*proportionnées*" et "*à un coût économiquement acceptable*".

Le Principe de Précaution fut également énoncé dans le Traité de Rome, par les articles relatifs à la politique de l'environnement (articles 130 R 1° à 130 R 3° introduits par le Traité de Maastricht, devenus l'article 174 - 1° à 3°, après l'adoption du Traité d'Amsterdam) : "*La politique de la Communauté [...] est fondée sur le principe de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur - payeur*".

Au niveau mondial, le protocole de Montréal sur la bio-sécurité (également connu sous son nom initial de Protocole de Carthagène) s'est fixé pour objectif de garantir le transfert, la manutention et l'utilisation en toute sécurité des OGM. Adopté le 29 janvier 2000 et signé par la France, cet accord est entré en vigueur le 11 septembre 2003. Il permet à tout pays de suspendre de manière unilatérale des échanges commerciaux d'OGM même en "*l'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables sur la santé humaine et l'environnement*".

Face à cette multitude de sources, pas toujours concordantes, et à la virulence des prises de position qui s'affrontent, de part et d'autres du principe de précaution, le juge risque fort de se sentir ballotté. La Justice, malgré le peu de lumières qu'on lui aura fourni, va donc devoir arbitrer la querelle, quasi-irrationnelle, entre ceux qui considèrent que la technique est génératrice de risques croissants,

non maîtrisables et qu'il convient donc d'en empêcher le développement, et ceux qui estiment que le principe de précaution ne saurait être opposé aux progrès technologiques qui doivent permettre de trouver des solutions aux éventuels difficultés susceptibles d'apparaître. D'autant que le principe de précaution ne saurait être évalué sans référence aux bénéfices qu'une innovation donnée est censée apporter à l'humanité. De Louis Pasteur inoculant à son premier patient ce qui allait devenir le vaccin anti-rabique au cas des anti-inflammatoires mieux tolérés par la plupart des patients, mais aggravant d'autres risques pour certains, le monde de la santé abonde en situations concrètes où le juge serait bien en peine de décider sans risque d'erreur, là où il y a des risques maîtrisés ou non, avantages compensatoires suffisants ou non.

In fine - et bien que le Vice président du Conseil d'Etat, dans une interview au journal "Les Échos" du 16 mars 2005 ait fait part de sa confiance dans le nombre limité de litiges qui devraient survenir - on peut craindre qu'une grande incertitude juridique ne s'installe pour les justiciables en général et pour les entreprises en particulier.

Ce risque est d'autant plus grand que la Charte de l'environnement ne se contente pas de faire peser sur les pouvoirs publics la charge de faire respecter le principe de précaution. Elle impose également à toute personne de réparer les dommages qu'elle cause à l'environnement. Or, c'est sur ce deuxième front, celui de la responsabilité, que vient se greffer une autre innovation juridique aux conséquences potentiellement redoutables.

L'impact de l'introduction annoncée des *class actions* à l'américaine

Lors des vœux présentés, le 4 janvier 2005, aux "forces vives de la Nation", le Président de la République a demandé au gouvernement de modifier la loi pour que des groupes ou des associations de consommateurs "*puissent intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés*". Ce faisant, aucun commentateur ne s'y est trompé, il a appelé de ses vœux l'introduction en France de "*class actions*" telles qu'elles existent aux États-Unis.

Une *class action* est un instrument de procédure juridictionnelle américaine qui permet à une ou plusieurs personnes membres d'un groupe d'engager des poursuites civiles au nom de l'ensemble des personnes confrontées à la même difficulté, si certaines conditions sont remplies. Tous les plaignants n'ont aucun besoin d'être individuellement identifiés. Au contraire, une des conditions nécessaires à l'introduction d'une *class action* est que les personnes qui constituent le groupe soient si nombreuses qu'une simple jonction d'actions individuelles ne serait pas réalisable. Sous cette réserve et si le juge reconnaît que le ou les représentants du groupe seront en mesure de protéger les intérêts du groupe de manière loyale et adéquate, il leur permet d'agir au nom de l'ensemble des plaignants réels ou potentiels, sans mandat obligatoire.

En tant que tel, on peut penser que cette mesure pourrait constituer un bon moyen pour de nombreux plaignants, notamment parmi les plus modestes, d'avoir accès à la justice. En soi, cette opinion ne manque pas de fondement, même si certains puristes font observer qu'elle va à l'encontre

d'une des pierres angulaires du Code civil, qui interdit de "plaider par procureur", c'est-à-dire de confier à un tiers, sans mandat, la représentation de ses intérêts. Mais le Code Napoléon en a vu d'autres et cette seule modification ne le ferait pas trembler sur ses bases.

Le problème est ailleurs. Il réside notamment dans trois particularités américaines qui ont largement contribué à donner une réputation détestable aux *class actions* :

- La première est que l'avocat des plaignants, qui fait l'avance des frais de la procédure, est le plus souvent rémunéré au pourcentage, généralement entre 30 et 40 % de la somme allouée au groupe. Non seulement cela conduit à laisser une portion bien limitée aux multiples victimes, mais surtout cela transforme une partie de la profession d'avocat en chasseurs de dossiers, présumés sans foi ni loi (ce qui est un comble pour des auxiliaires de justice).
- La seconde est que la notion de dommages et intérêts et perçue, de l'autre côté de l'Atlantique, de façon très large. Si notre Code civil impose qu'un plaignant éventuel démontre la réalité de son dommage, en évalue précisément le montant et établisse - à suffisance de preuves - le lien direct qui existe entre ce dommage et la faute qu'il impute à son adversaire (voisin, vendeur ou fabricant d'un produit qu'il a acheté), le droit américain permet d'infliger des "*punitive damages*", excédant sensiblement la réalité des préjudices subis, lorsque le responsable d'un préjudice aura été perçu comme négligent ou de mauvaise foi dans sa défense ! C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'une personne brûlée par un café trop chaud s'est vu accorder 2 millions de dollars au titre de son préjudice...
- La troisième, qui vient encore accentuer l'effet de la seconde, est que, dans bien des cas, le montant des indemnités est fixé par un jury populaire. Ce dernier n'a souvent guère de considération pour le principe selon lequel on ne devrait pas être indemnisé au-delà du montant du dommage effectivement subi. Il est fort capable, notamment lorsque l'accusé est une société prospère (une "*deep pocket*", dit-on Outre-atlantique), de compter avec une très grande générosité les sommes allouées aux plaignants.

La conséquence de ces multiples affaires est la judiciarisation quasi-systématique de tous les types de conflits. Bon nombre d'accrochages entre deux automobilistes, au lieu de se solder par un constat amiable, viennent encombrer les tribunaux. Le moindre produit défectueux, pour peu qu'il ait entraîné un préjudice corporel, donne lieu à des procès médiatisés à l'extrême. Le péril devient si important pour les entreprises, en termes financiers comme en termes d'image, qu'elles préfèrent souvent, dès qu'elles sont menacées d'une *class action*, trouver une transaction l'amiable plutôt qu'aller en justice. Il en résulte ce que certains ont qualifié de véritable prise d'otage, pour ne pas dire racket, de l'action collective qui s'enrichit de la simple menace qu'elle fait peser. Elle y trouve, d'ailleurs, une source additionnelle de développement, et l'on se retrouve dans cette situation qu'on a coutume d'appeler cercle vicieux.

Voilà pourquoi les milieux économiques ont généralement exprimé une opinion très réservée face à cette initiative présidentielle, craignant l'importation des difficultés américaines, sous couvert d'un

élargissement des voies d'accès à la justice. Voilà pourquoi, au minimum, si ce projet devait se concrétiser, il serait essentiel de préserver un certain nombre des règles françaises, telles que l'interdiction du démarchage des clients potentiels par les avocats, la prohibition de leur rémunération exclusivement au pourcentage, ainsi que l'impossibilité, pour un plaignant, de percevoir une indemnisation qui excèderait le dommage qu'il a pu prouver. Ce ne serait probablement pas suffisant pour limiter tous les excès, mais constituerait un premier pas.

Principe de précaution et *class action*, un mélange explosif

Si l'on met en perspective ces deux nouveautés juridiques, on ne peut que redouter les effets cumulés qu'elles pourraient avoir pour les entreprises, et notamment pour les plus innovantes d'entre elles.

La caractéristique même de l'innovation, c'est qu'elle fait "bouger les lignes", comme on dit dans le langage stratégique-politique d'aujourd'hui. C'est-à-dire qu'elle ne permet pas de prévoir exactement toutes les conséquences de sa mise en œuvre. L'inventeur du microprocesseur n'avait pas prévu les *spams*, ni le découvreur des ondes hertziennes la prolifération des antennes de téléphonie cellulaire.

La difficulté, pour celui qui est chargé de dire le droit, c'est de distinguer le cas de l'apprenti sorcier qui se livre à toutes les expérimentations qui lui passent par l'esprit, du cas du chercheur ou du fabricant qui ne devrait pas conserver une perpétuelle épée de Damoclès, alors qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir, compte tenu des connaissances disponibles à l'époque de son innovation, les conséquences néfastes qu'elle pourrait présenter à horizon plus ou moins lointain.

Or, l'addition d'un concept tel que le principe de précaution et d'une volonté de multiplier les contentieux de masse, ne peut que rendre plus difficile ce partage, donc qu'inquiéter les entreprises innovantes, menacées - bien des années plus tard - de devoir verser des centaines de millions ou des milliards d'euros, en raison de risques qui n'étaient clairement pas identifiables à l'origine.

Tout cela constitue clairement un pas dans la mauvaise direction pour la "Stratégie de Lisbonne", destinée à faire de l'Europe l'économie de la connaissance la plus compétitive du monde².

² Voir AMIPS Info n° 70, page 116 et suivantes.