

ASPECTS JURIDIQUES DE L'ANALYSE DE RISQUE : PRUDENCE, PREVENTION ET PRECAUTION

Y. Soyeux¹

RESUME : La sécurité sanitaire des aliments connaît un regain d'intérêt de la part des pouvoirs publics. En France et en Europe, cela a conduit à une réorganisation de l'évaluation des risques et de la gestion des risques, dans le respect des règles régissant le commerce international. Cette évolution s'est opérée simultanément à la prise en compte du principe de précaution par les décideurs publics sous le contrôle du juge communautaire.

SUMMARY : The sanitary food safety knows a renewal of interest on behalf of authorities. In France and in Europe, it led to a reorganization of the risk assessment and the risk management, in the respect for rules governing the international trade. This evolution took place simultaneously in the consideration of the precautionary principle by the public decision-makers under the control of the community judge.



L'histoire de l'humanité a montré jusqu'à notre époque actuelle la facilité avec laquelle les dangers peuvent survenir tout au long de la chaîne alimentaire. L'amplification médiatique des crises successives a conduit les pouvoirs publics nationaux et communautaires à redonner une place de premier ordre à la sécurité sanitaire des aliments. La prudence les a conduits à recourir non seulement au classique principe de prévention, mais aussi au déjà célèbre principe de précaution.

Les motivations et les objectifs de l'intervention des pouvoirs publics par la réglementation² relative aux denrées alimentaires³ ont vu leur importance relative se modifier à la fin du dernier millénaire.

Quatre préoccupations principales sont à l'œuvre. Il s'agit :

1. d'assurer la **loyauté des transactions commerciales**, c'est-à-dire faire en sorte que la concurrence entre opérateurs économiques fournissant des denrées alimentaires puisse s'exercer de façon loyale⁴ ;
2. d'assurer la **protection des intérêts économiques des consommateurs**, en partant du constat de déséquilibre potentiel dans la relation qui lie l'acheteur individuel et l'opérateur industriel ou commercial à l'occasion de l'acte d'achat⁵ ;

¹ Professeur d'alimentation et droit alimentaire, Ecole nationale du génie rural, des eaux et des forêts (ENGREF), 19 avenue du Maine, 75732 PARIS Cedex 15.

² Le terme réglementation doit s'entendre ici dans un sens général, sans préjuger de la forme de la règle édictée (loi, règlement national, règlement communautaire, etc.).

³ L'auteur se place ici volontairement dans le champ alimentaire, sans traiter de la santé animale. Il va de soi qu'une politique sanitaire alimentaire doit intégrer aussi ce maillon amont de la chaîne alimentaire.

⁴ Ces notions étaient déjà évoquées dans le capitulaire de Vilis de Charlemagne.

⁵ Notons d'ailleurs que dans les périodes où l'influence de l'Eglise était prédominante, les confesseurs ont joué un rôle important dans la connaissance des pratiques frauduleuses, comme le montre l'ouvrage de Jean Pontas, publié à Paris en 1728, souvent appelé le Manuel du confesseur et dont le titre exact est un peu plus long (Examen général de conscience sur tous les péchés qu'on peut commettre dans les différents états de la vie).

3. d'assurer la **protection de la santé et de la sécurité des consommateurs**, considérés ici dans leur dimension physiologique et non plus économique⁶;
4. d'instaurer la confiance auprès du public, national aussi bien qu'international, par la mise en place d'un **service public de contrôle**, intervenant notamment à l'égard de l'objectif précédent.

Considérés dans une perspective d'échanges internationaux, ces objectifs sont les garants du succès de la **libre circulation** de ces denrées alimentaires.

Tout au long du XX^{me} siècle, l'évolution, tant en France que dans les autres pays développés, s'est faite dans une accentuation de l'importance des deux derniers objectifs par rapport aux deux premiers. Mais, dans le même temps, la mondialisation des échanges et le principe de libre circulation des marchandises, et donc des denrées alimentaires, conduisent à donner une vigueur nouvelle aux deux premiers objectifs cités.

Nous essaierons dans les lignes qui suivent de montrer en quoi les innovations réglementaires cherchent à répondre aux attentes réaffirmées des consommateurs en matière de santé et de sécurité (I) et d'examiner les conditions dans lesquelles ces exigences se doivent de respecter les règles du commerce intracommunautaire ou international (II), ce qui peut soulever des difficultés d'application du principe de précaution (III).

Remarquons auparavant que les préoccupations de santé et de sécurité revêtent dans nos pays développés des dimensions qualitatives, tandis que dans les pays en voie de développement la sécurité alimentaire est d'abord une préoccupation quantitative, qui, plus souvent qu'auparavant, atteint aussi certaines parties de la population de nos pays. Veillons donc à ne pas nous méprendre sur le sens des mots « sécurité alimentaire ».

I - LA PROTECTION DE LA SANTE ET DE LA SECURITE DES CONSOMMATEURS

En France, la naissance de la protection de la santé et de la sécurité du consommateur remonte à la **loi du 1^{er} août 1905**.

Cette loi fondatrice tire son origine de considérations économiques et aboutit à la création d'un corps de contrôle. Elle a été élaborée à la demande de certains professionnels qui manifestaient leur découragement face aux abus de producteurs et d'opérateurs peu scrupuleux. L'accouchement fut d'ailleurs difficile puisque l'adoption de la loi intervint près de 7 ans après le début des débats parlementaires.

Cet assainissement du marché des denrées alimentaires et des produits de l'agriculture par l'établissement de règles tendant à réprimer les **fraudes** et les **falsifications** intégrait déjà une dimension santé et sécurité. En effet, la suppression des corporations sous la

Révolution et le développement industriel dans le climat de libéralisme peu contraignant qui prévalut au cours du XIX^{me} siècle entraînent l'apparition de nombreux abus, néfastes non seulement du point de vue concurrentiel mais aussi quant à la santé des consommateurs. C'est que le développement de la chimie avait donné un nouvel essor aux fraudes, ce qui conduisit un médecin de l'époque, le docteur Brouardel à lancer un véritable cri d'alarme : « Quand un homme a pris le matin à son petit déjeuner du lait conservé par l'aldéhyde formique, quand il a mangé à son déjeuner une tranche de jambon conservée par du borax, des épinards verdis par des sulfures, quand il a arrosé tout cela d'une demi-bouteille de vin collé au plâtre à l'excès et cela pendant vingt ans, comment voulez-vous que cet homme ait encore un estomac ? »⁷

⁶ Ces notions étaient déjà présentes dans les lois bibliques.

⁷ Cité par Luc Bihl in Le droit pénal de la consommation, Editions Nathan 1989, p. 107.

Cette préoccupation à l'égard de la santé des consommateurs fut donc prise en compte par la loi du 1^{er} août 1905 puisque les peines encourues par les fraudeurs pouvaient être alourdies lorsque la tromperie ou la falsification comportait des conséquences dangereuses pour la santé de l'homme ou de l'animal.

Pour éviter l'irruption anarchique de la chimie dans la science alimentaire, le décret d'application de cette loi posait les règles relatives à l'utilisation des additifs alimentaires. Inversant le principe général selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, le décret du 15 avril 1912, pris en application de la loi du 1^{er} août 1905, posait celui de la **liste positive** des additifs. Selon ce principe toujours en vigueur, seules les substances figurant sur cette liste peuvent être autorisées tandis qu'*à contrario* toutes les autres voient leur utilisation interdite.

Cette loi a été de nombreuses fois modifiée, à vu son domaine s'élargir pour englober l'ensemble des produits et des services et s'est fondue dans le **code de la consommation**, dont la création fut posée en son principe par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992⁸ renforçant la sécurité des consommateurs et se réalisa par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993⁹.

Trois obligations générales sont fixées par le code de la consommation à l'égard des opérateurs économiques qui voient ainsi leur responsabilité pénale engagée. Ce sont les obligations :

- d'**information**, énoncée par le premier article de ce code, l'article L. 111-1, en vertu duquel « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Ce sont notamment les règles relatives à l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées qui viennent préciser cette obligation (article R. 112-1 à R. 112-23 du code de la consommation), complétées par de très nombreuses dispositions propres à telle ou telle denrée alimentaire. Certaines de ces informations sont directement liées aux préoccupations de sécurité sanitaire (par exemple la date limite de consommation, la température à

respecter pendant la conservation de la denrée) ;

- de **conformité**, définie par l'article L. 212-1, selon lequel « *Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs* ».

Cet article fixe une obligation corollaire d'auto-contrôle puisque son deuxième alinéa précise que « *Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur* », et une obligation subséquente de conservation des preuves de cet auto-contrôle, énoncée par le dernier alinéa du même article qui précise qu'« *A la demande des agents habilités pour appliquer* » [ces dispositions], ce responsable « *est tenu de justifier les vérifications et contrôles effectués* ». De très nombreux textes d'application viennent fixer les prescriptions en la matière, dont le non-respect constitue des contraventions, voire des délits lorsque l'infraction est constitutive de tromperie (articles L. 213-1 et L. 213-2) ou de falsification (article L. 213-3) ;

- de **sécurité**, définie par l'article L. 221-1 en ces termes : « *Les produits et services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* ». Il faut bien noter qu'il ne s'agit pas pour le professionnel d'assurer une sécurité absolue mais celle qui s'accompagne d'un risque acceptable. La difficulté sera d'en définir le niveau, et de prendre les moyens appropriés pour l'atteindre. Les articles L. 221-2 à L. 221-10 précisent les pouvoirs dont disposent les autorités publiques de l'Etat, au niveau départemental ou national, pour faire face à un danger grave ou immédiat inhérent à un produit, par exemple une denrée alimentaire.

⁸ Publiée au Journal officiel de la République française du 21 janvier 1992, p. 968 à 976.

⁹ Publiée au Journal officiel de la République française du 27 juillet 1993, p. 10538 à 10573

Aux dispositions du code de la consommation s'ajoutent celles :

- du **code rural**, relatives aux denrées animales et d'origine animale, dont l'application relève d'un service d'Etat d'hygiène alimentaire, responsable de l'inspection de la salubrité et de la qualité des denrées animales ou d'origine animale assurée sous le contrôle des vétérinaires-inspecteurs¹⁰ (articles L. 231-1 à L. 231-6, et leurs décrets et arrêtés d'application) ;
- du **code de la santé publique**, notamment l'article L. 1311-1 qui couvre tous les aliments qui ne relèvent pas des législations précédentes en prévoyant de fixer par des décrets en Conseil d'Etat les règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'homme (cas des eaux embouteillées par exemple).

Cette présentation générale rapide permet de comprendre que trois ministres sont concernés par les questions relatives à l'alimentation, ceux chargés de l'agriculture, de la consommation et de la santé, ce qui peut être source de complémentarité constructive ... ou de difficultés nécessitant l'arbitrage du Premier Ministre.

Dans le domaine de la sécurité et de la santé, et plus précisément dans celui de l'hygiène alimentaire, sous l'influence de la construction du Marché unique et, en corollaire, d'un droit communautaire dont l'orientation s'est profondément modifiée après l'arrêt Cassis de Dijon rendu le 20 février 1979 par la Cour de justice des Communautés européennes, les pouvoirs publics ont modifié le contenu de leur réglementation. Autrefois très détaillée, ce qui laissait alors peu de marge de manœuvre aux professionnels, elle est devenue de plus en plus générale¹¹, se contentant de fixer les objectifs, **le résultat** à atteindre et les grandes lignes de la méthode à suivre¹², et laissant le soin aux opérateurs de choisir **les moyens**, c'est-à-dire les modalités concrètes adaptées aux produits, aux installations, aux matériels disponibles, à la façon dont ils sont utilisés, et

enfin à la qualification du personnel. Du coup, le contrôle exercé par les pouvoirs publics se trouve remonté d'un cran et devient un contrôle de second niveau.

Au cours de la décennie 90, tandis que se poursuivait ce processus dit de « déréglementation », les contrecoups du drame du sang contaminé puis les inquiétudes liées à l'épizootie de la « vache folle » ont modifié la perception du risque par le consommateur, qui de ce fait veut savoir ce qu'il mange (d'où l'article L. 214-1-1 du code de la consommation relatif à l'obligation de traçabilité, introduit par la loi du 9 juillet 1999 d'orientation agricole) et veut savoir si ce qu'il mange est sûr. Les pouvoirs publics ont alors dû modifier leur attitude. De la tendance paternaliste qui pourrait s'énoncer par la formule « dormez tranquille, braves gens, l'Etat veille pour vous », il a fallu adopter une attitude à la fois plus ouverte et plus structurée pour restaurer la confiance du public. Incontestablement, des changements profonds s'imposaient quant aux modalités de recueil des avis des experts, d'examen des différentes mesures réglementaires envisageables et de décision publique.

Dès lors, le législateur a dû intervenir une nouvelle fois pour prendre en compte l'ensemble de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme. Issue d'une proposition des deux sénateurs Charles DESCOURS et Claude HURIET, la **loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998** relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme¹³ a modifié en profondeur le paysage de l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine de la sécurité sanitaire.

La nouvelle loi introduit de nombreuses dispositions nouvelles et modifie des dispositions préexistantes, principalement dans le code de la santé publique et accessoirement dans le code rural et le code de la consommation. Elle crée un Comité national de la sécurité sanitaire (CNSS) et instaure trois établissements publics de l'Etat :

¹⁰ Aujourd'hui inspecteurs de la santé publique vétérinaire.

¹¹ En transposant par voie d'arrêtés la directive 93/43/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative à l'hygiène des denrées alimentaires.

¹² La méthode HACCP, sigle des termes anglais « Hazard Analysis Critical Control Point » (Analyse des risques - Point critique pour leur maîtrise), dont le contenu a été établi au plan international par le *Codex alimentarius* (organe mis en place par la FAO et l'OMS en 1962).

¹³ Publié au Journal officiel de la République française du 2 juillet 1998, p 10056 à 10074.

- l'Institut de veille sanitaire (InVS) ;

- L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) ;
- L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA).

Elle confie au Gouvernement le soin de remettre au Parlement, pour la fin de l'année 1998, un rapport sur l'opportunité et la faisabilité de la création d'une Agence de sécurité sanitaire de l'environnement (article 13 de la loi). Devant le peu d'empressement du Gouvernement de l'époque de suivre les recommandations dudit rapport, c'est finalement là encore une proposition de loi qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2001-398 du 9 mai 2001 créant l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale (AFSSE).

Ces deux lois montrent bien l'ambition du législateur de donner un nouveau souffle au service public de sécurité sanitaire. Nous évoquerons ici ce qui a trait au domaine alimentaire.

L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, dont la mise en place devait être effective selon la volonté du législateur au 1^{er} janvier 1999, a vu le jour fin mars 1999. Elle est placée sous la triple tutelle des ministres chargés de la santé, de l'agriculture et de la consommation. Selon le nouvel article L. 1323-1 (ancien article L. 794-1) du code de la santé publique, « *Dans le but d'assurer la protection de la santé humaine, l'agence a pour mission de contribuer à assurer la sécurité sanitaire dans le domaine de l'alimentation, depuis la production des matières premières jusqu'à la distribution au consommateur final. Elle évalue les risques sanitaires et nutritionnels que peuvent présenter les aliments destinés à l'homme ou aux animaux, y compris ceux pouvant provenir des eaux destinées à la consommation humaine, des procédés et conditions de production, transformation, conservation, transport, stockage et distribution des denrées alimentaires, ainsi que des maladies ou infections animales, de l'utilisation des denrées destinées à l'alimentation animale, des produits phytosanitaires, des médicaments vétérinaires,*

notamment les préparations extemporanées et les aliments médicamenteux, des produits antiparasitaires à usage agricole et assimilés, des matières fertilisantes et supports de culture, ainsi que des conditionnements et matériaux destinés à se trouver en contact avec les produits susmentionnés. De même, elle participe à la mission de défense nationale dans le domaine alimentaire ». L'ancien article L. 794-1 (non repris dans l'ordonnance du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique) ajoutait : « *Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités selon lesquelles l'agence se substitue, dans son domaine de compétence, aux instances existantes ».* Enfin, l'article 10 de la loi préconise une remise à plat du dispositif d'expertise : « *L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments propose au Gouvernement, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, une rationalisation du système national d'expertise dans son domaine de compétence ».*

On retrouve ici l'annonce et la mise en œuvre d'un vaste chantier, à l'instar de celui qu'a entrepris la Commission des Communautés européennes sous la pression du Parlement européen, à la suite de la crise de la « vache folle ».

Dans deux documents du 30 avril 1997¹⁴, la Commission avait fait un certain nombre de déclarations, notamment quant à la manière dont elle entendait procéder à des analyses des risques. Elle précisait la question dans le contexte du recours au principe de précaution dans deux documents du 17 octobre 1998¹⁵ et du 2 février 2000¹⁶. L'ensemble de ces réflexions se sont concrétisées dans le livre blanc sur la sécurité alimentaire publiée par la Commission le 12 janvier 2000¹⁷. Elle y annonce la refonte de l'ensemble de la législation alimentaire communautaire et dresse en annexe le plan d'action en matière de sécurité alimentaire (84 actions répertoriées, la plupart devant conduire à des textes de droit communautaire dérivé (règlements, directives et décisions).

¹⁴ Communication sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire [COM(97)]183 final et livre vert sur les principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne [COM(97)]176 final.

¹⁵ Lignes directrices sur l'application du principe de précaution (document interne de la DG SANCO).

¹⁶ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution [COM(2000)]1.

¹⁷ Document [COM(1999)]719 final.

La traduction réglementaire de cet ambitieux programme s'est opérée par la publication le 1^{er} février dernier du règlement (CE) N° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des

aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires¹⁸.

Pour autant, cette ambition de renforcement de la sécurité sanitaire, tant au plan national qu'au plan communautaire, doit rester compatible avec les contraintes imposées par les accords du GATT¹⁹.

II - LES LIMITES POSEES PAR LES REGLES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Parmi les douze accords multilatéraux rattachés à l'accord établissant en avril 1994 l'Organisation mondiale du commerce (OMC)²⁰, principalement deux d'entre eux peuvent s'appliquer aux denrées alimentaires : l'accord sur les obstacles techniques au commerce (dit **TBT** pour Technical Barriers to Trade) et l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (dit **SPS** pour Sanitary and Phytosanitary Measures). Le second étant plus spécifique aux denrées alimentaires, c'est celui-ci qui nous retiendra. Notons toutefois que, dans ces deux textes, prévaut l'**obligation générale de transparence**. Elle signifie que lorsqu'un pays compte prendre des mesures pouvant avoir un effet entravant sur les échanges, il doit en informer les autres pays membres et leur fournir les justifications nécessaires s'ils le demandent (articles 2 et 10 de l'accord TBT, article 7 et annexe B de l'accord SPS).

L'accord SPS²¹ concerne la santé animale, la protection des végétaux et la santé de l'homme au travers des questions relatives aux additifs alimentaires ainsi qu'aux contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les denrées alimentaires. Un grand nombre d'entraves aux échanges résultant des réglementations sanitaires et phytosanitaires, dont certaines

étaient plus motivées par un souci protectionniste que par une réelle exigence d'ordre sanitaire, cet accord limite les réglementations acceptables à celles justifiées par l'existence d'un risque particulier scientifiquement établi. L'article 2-2 de l'accord précise que les Etats signataires « *feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires ne soient appliquées que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé ou la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elles soient fondées sur des principes scientifiques et qu'elles ne soient pas maintenues sans preuves scientifiques suffisantes* ». L'article 5-1 exige que ces réglementations soient élaborées et appliquées « *sur la base d'une évaluation, selon ce qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux et pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques développées par les organisations internationales compétentes* ».

Il s'agit en fait pour l'Etat concerné de procéder à une **analyse des risques**²² comportant les trois éléments définis par le *Codex alimentarius* :

¹⁸ Journal officiel des Communautés européennes du 1^{er} février 2002, L 31, pages 1 à 24.

¹⁹ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (General Agreement on Tariffs and Trade).

²⁰ A la suite des négociations multilatérales de l'Uruguay Round, closes par la signature des accords de Marrakech. L'OMC est née le 1^{er} juillet 1995, date de l'entrée en vigueur de l'accord.

²¹ Pour en savoir plus, le lecteur peut se reporter aux articles de Jean-Pierre Doussin et Philippe Verger, parus dans *Option Qualité*, novembre 1997, n° 155, p. 10 à 14, et décembre 1997, n° 156, p. 13 à 15 (Le rôle de l'analyse des risques dans le processus d'élaboration des réglementations concernant les aliments, 1^{re} et 2^e parties).

²² Le règlement communautaire du 28 janvier 2002, cité ci-dessus, a repris dans son article 3 un certain nombre de définitions, dont les suivantes : danger, risque, analyse des risques, évaluation des risques, gestion des risques, communication sur les risques.

- **l'évaluation des risques** : processus à base scientifique comprenant les quatre étapes d'identification des dangers, de leur caractérisation, de l'évaluation de l'exposition, et de la caractérisation des risques ;
- la **gestion des risques** : processus consistant à mettre en balance les différentes politiques possibles compte tenu des résultats de l'évaluation des risques et, au besoin, à choisir et à mettre en œuvre les mesures de contrôle appropriées, y compris les mesures réglementaires ;
- la **communication sur les risques** : échange interactif d'informations et d'opinions sur les risques entre les responsables de leur évaluation et de leur gestion, les consommateurs et les autres parties intéressées.

A cette **nécessité d'une base scientifique** aux réglementations appuyée sur une procédure d'analyse des risques et à l'obligation de transparence de la réglementation, l'accord SPS ajoute le respect d'autres principes, parmi lesquels :

- le **principe d'équivalence**, c'est-à-dire l'obligation d'acceptation par un Etat de processus et de méthodes différents de ceux qu'il a utilisés si ceux-ci aboutissent au même résultat que celui qu'il s'est fixé ;
- la prise en compte des **standards internationaux** (par exemple les normes établies par le *Codex alimentarius*²³) dans la définition des réglementations nationales ;
- le **principe de substitution**, c'est-à-dire la préférence donnée à la réglementation qui, à résultat égal en matière d'objectif de santé publique, restreint le moins les échanges ;
- le **principe de cohérence des réglementations**, en vertu duquel un Etat ne peut pas adopter une réglementation visant un niveau de protection élevé pour une situation donnée et accepter une

réglementation visant un niveau de protection plus faible pour une situation similaire.

Les conséquences de ces accords peuvent être lourdes pour chaque Etat. Par exemple, pour la France comme pour les autres Etats de l'Union européenne, la réglementation communautaire en vigueur interdit de commercialiser les viandes provenant d'animaux ayant reçu des anabolisants. Cette interdiction des « viandes aux hormones » s'applique aussi à leur importation en provenance des pays tiers, ce qui a conduit les Etats-Unis et le Canada à porter l'affaire devant l'OMC, considérant que cette interdiction était contraire aux accords SPS. Non satisfaite par les conclusions du panel, l'Europe a fait appel de ses conclusions. Les juges d'appel ont rendu leurs conclusions en janvier 1998 qui ont permis aux deux parties en présence de crier victoire, chacune trouvant confirmation de sa position dans certaines d'entre elles. Ils ont :

- rappelé que tout membre de l'OMC est libre de déterminer le niveau de risque acceptable, et qu'il a le droit de fixer un niveau de protection du consommateur plus élevé que celui recommandé par le *Codex alimentarius*, à condition que celui-ci soit fondé scientifiquement²⁴ ;
- affirmé qu'un avis scientifique qualifié peut être pris en considération, même s'il est minoritaire ;
- estimé que l'Union européenne n'a pas basé son interdiction des viandes aux hormones sur une analyse de risque suffisante et lui accordent un délai de 15 mois pour le faire ;
- énoncé qu'à l'avenir, il reviendra à la partie plaignante de prouver qu'une mesure prise par l'un des membres de l'organisation est incompatible avec les termes de l'accord SPS²⁵.

²³ Les normes du *Codex alimentarius* reconnues dans l'accord SPS sont celles relatives aux additifs alimentaires, aux résidus des médicaments vétérinaires, à ceux des pesticides, aux contaminants non intentionnels, aux méthodes d'analyse et d'échantillonnage, aux codes et recommandations sur les pratiques d'hygiène.

²⁴ Bien entendu, il faut alors respecter le principe de cohérence, évoqué précédemment.

²⁵ Les juges en appel n'ont donc pas retenu le renversement de la charge de la preuve, contrairement aux conclusions du panel.

L'incapacité de l'Union européenne à apporter la preuve réclamée a conduit à la victoire des USA et du Canada, et à la mise en place de mesures de rétorsion²⁶ par les autorités publiques américaines devant le refus communautaire de laisser entrer en Europe les viandes bovines issues d'animaux ayant reçu des anabolisants.

Dans l'état actuel des textes en vigueur, ce sont donc les arguments scientifiques qui, seuls, peuvent entrer en ligne de compte pour justifier l'établissement d'une réglementation pouvant avoir des effets entravants dans les échanges. Toutefois, au sein du Codex *alimentarius*, les positions évoluent. Ainsi, les Européens font-ils valoir que d'autres éléments méritent d'être pris en considération, par exemple l'opinion des consommateurs ou les équilibres socio-économiques. La prise en compte de ces autres facteurs légitimes a été acceptée par le comité des principes généraux du Codex *alimentarius*.

On comprend dès lors la prise en compte par le législateur français de ce contexte international dans la loi du 1^{er} juillet 1998. Ainsi, les missions définies pour chacune des deux agences et les pouvoirs conférés à chaque directeur général ne sont-ils pas superposables.

S'agissant de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, elle « *procède à l'évaluation des bénéfices et des risques liés à l'utilisation de ces produits à tout moment opportun et notamment lorsqu'un élément nouveau est susceptible de remettre en cause l'évaluation initiale* ». « *Elle prend ou demande aux autorités compétentes de prendre, les mesures de police sanitaire nécessaires lorsque la santé de la population est menacée, dans les conditions prévues au présent code ou pour tout autre disposition législative ou réglementaire visant à préserver la santé humaine* ». Quant à son directeur général, c'est lui qui prend au nom de l'Etat les décisions d'autorisation de mise sur le marché (AMM) des produits de santé. Il y a donc cumul des fonctions d'évaluation et de gestion des risques.

S'agissant de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, elle « *fournit au Gouvernement l'expertise et l'appui scientifique et technique qui lui sont nécessaires, notamment l'élaboration et la mise en œuvre des dispositions législatives et réglementaires, des règles communautaires et*

des accords internationaux relevant de son domaine de compétence, et instruit pour son compte et sous l'autorité du directeur général les dossiers qu'il lui confie ». Elle peut « *proposer aux autorités compétentes toutes mesures de nature à préserver la santé publique* ». « *Lorsque celle-ci est menacée par un danger grave, l'agence peut recommander auxdites autorités de prendre les mesures de police sanitaire nécessaires* ».

Comme l'indique le texte lui-même, il n'y a donc pas parallélisme entre les deux agences. Les accords SPS ont imposé que, pour les denrées alimentaires, les étapes d'évaluation des risques et de gestion des risques restent bien dissociées, et que les décisions et les mesures relatives à ces produits relèvent des ministres eux-mêmes.

Or, les questions de santé publique sont bien souvent des questions transversales, et non pas sectorielles. Telle substance, parce qu'elle peut se trouver dans tel médicament, tel aliment ou dans l'environnement, nécessite une évaluation globale et une attitude cohérente des pouvoirs publics. Ceci rend donc particulièrement importants les rôles que jouent l'Institut de veille sanitaire et le Comité national de la sécurité sanitaire.

Les modalités d'intervention de la décision publique en matière alimentaire ont donc été profondément modifiées par l'entrée en scène de l'AFSSA. La disparition d'un certain nombre d'instances consultatives par transfert de leurs compétences d'évaluation à cette agence prive le pouvoir exécutif d'un moyen simple de consulter les différentes parties prenantes (opérateurs économiques, consommateurs). Il en est résulté un rôle accru du Conseil national de l'alimentation (CNA) qui rend des avis sur certaines questions également soumises à l'AFSSA permettant au Gouvernement d'utiliser l'évaluation fournie par l'agence pour prendre les mesures appropriées, c'est-à-dire à la fois efficaces quant à l'objectif de protection de la santé publique, le moins contraignantes possible pour les opérateurs économiques, et en définitive les moins coûteuses pour les consommateurs. Tous ces avis étant rendus publics, la marge de manœuvre du décideur public se trouve souvent réduite, surtout si ces avis ne comportent aucune option, permettant un choix réel. La transparence des décisions publiques s'est donc sensiblement accrue.

²⁶ Augmentation des droits de douane pour le foie gras, le roquefort, etc.

Elle pourrait franchir une étape supplémentaire par l'instauration de l'obligation de motivation des décisions réglementaires, à l'instar de celle qui s'impose pour les décideurs publics en matière de décision individuelle défavorable aux administrés en application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, et de celle qui s'impose depuis l'origine aux institutions communautaires.

L'expérience française de la mise en place d'une agence d'évaluation conduit à

s'interroger sur la collaboration entre les agences nationales et celle qui se met en place à l'échelle communautaire, à savoir l'Autorité européenne de sécurité des aliments, instituée par le règlement du 28 janvier 2002 précédemment évoqué.

Quoi qu'il en soit, une des difficultés rencontrées tant en France qu'en Europe a été la prise en compte du principe de précaution dans le domaine alimentaire.

III – LA PRISE EN COMPTE DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Le principe de précaution a fait son apparition dans le domaine de l'environnement il y a une vingtaine d'années²⁷. Il est inscrit dans le droit communautaire, depuis 1992²⁸ et dans notre droit national, depuis 1995²⁹.

Son application au domaine de la sécurité sanitaire des aliments³⁰ est beaucoup plus récente. Elle est d'abord intervenue par voie jurisprudentielle avant d'être explicitement prévue dans le règlement communautaire du 28 janvier 2002.

1. LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE DANS LE DOMAINE ALIMENTAIRE

La jurisprudence communautaire découle d'un certain nombre d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes et du

Tribunal de première instance des Communautés européennes. Nous donnons ci-dessous un résumé de cette jurisprudence, telle qu'elle ressort notamment des deux arrêts du 11 septembre 2002 de ce dernier tribunal³¹. Cette jurisprudence concerne des litiges intervenus avant la parution du règlement du 28 janvier 2002, c'est-à-dire à un moment où ni le traité de Rome, ni les textes de droit communautaire dérivé ne comportaient de définition du principe de précaution.

Le principe de précaution constitue un des principes sur lesquels est fondée la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Ce principe s'applique également lorsque les institutions communautaires prennent, dans le cadre de la politique agricole commune, des mesures de protection de la santé humaine³².

²⁷ Voir notamment Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*. Rapport au Premier ministre, éditions Odile Jacob, La Documentation française, Paris, janvier 2000, 405 pages.

²⁸ Article 130 R, paragraphe 2, du traité CE, devenu, après modification de la numérotation par le traité d'Amsterdam, article 174, paragraphe 2, CE.

²⁹ Article L. 200-1 inséré dans le code rural par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, et transféré dans le code de l'environnement (article L. 110-1) par l'ordonnance n° 2000-914 du 20 septembre 2000.

³⁰ Voir notamment l'avis du Conseil national de l'alimentation de septembre 2000 sur le principe de précaution.

³¹ Arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes (troisième chambre), affaires T-13/99 et T-70/99.

³² Voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 5 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-180/96, Rec. p. I-2265, point 100, ci-après l'« arrêt ESB », et National Farmers' Union e.a., C-157/96, Rec. p. I-2211, point 64, ci-après l'« arrêt NFU ».

Il ressort, en effet, de cet article du traité que la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement, que cette politique, qui vise un niveau de protection élevé, se fonde, entre autres, sur le principe de précaution et que les exigences de cette politique doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté. En outre, ainsi qu'il est prévu à l'article 129, paragraphe 1, troisième alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 152 CE) et conformément à une jurisprudence constante³³, les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté et doivent dès lors être prises en compte dans la mise en œuvre de la politique agricole commune par les institutions communautaires.

Par ailleurs, l'existence d'un tel principe a, en substance et de façon à tout le moins implicite, été reconnue, par la Cour³⁴, par le Tribunal³⁵, ainsi que par la Cour de l'AELE³⁶.

Il convient de rappeler que, ainsi que la Cour et le Tribunal l'ont déjà jugé, lorsque des incertitudes scientifiques subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé humaine, les institutions communautaires peuvent, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (arrêt ESB, point 99 et arrêt NFU, point 63).

De même, les institutions communautaires ne sont pas tenues, pour pouvoir agir d'une manière préventive, d'attendre que les effets adverses de l'utilisation de ce produit comme facteur de croissance se matérialisent.

Aussi, dans le contexte de l'application du principe de précaution, lequel correspond par hypothèse à un contexte d'incertitude scientifique, l'on ne saurait exiger d'une évaluation des risques qu'elle fournisse obligatoirement aux institutions communautaires des preuves scientifiques concluantes de la réalité du risque et de la gravité des effets adverses potentiels en cas de réalisation de ce risque.

Toutefois, il résulte également de la jurisprudence qu'une mesure préventive ne saurait valablement être motivée par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées.

Il résulte au contraire du principe de précaution, tel qu'interprété par le juge communautaire, qu'une mesure préventive ne saurait être prise que si le risque, sans que son existence et sa portée aient été démontrées « pleinement » par des données scientifiques concluantes, apparaît néanmoins suffisamment documenté sur la base des données scientifiques disponibles au moment de la prise de cette mesure.

La prise de mesures, mêmes préventives, sur la base d'une approche purement hypothétique du risque, serait le plus souvent inappropriée dans le domaine alimentaire. En effet, dans un tel domaine, un niveau de « risque zéro » ne saurait exister, dans la mesure où l'absence totale du moindre risque actuel ou futur ne peut pas être scientifiquement prouvée. Une telle approche serait d'autant moins appropriée pour les situations dans lesquelles la législation prévoit déjà, comme une des expressions possibles du principe de précaution, une procédure d'autorisation préalable des produits ou procédés concernés.

³³ Voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 15 septembre 1994, KYDEP/Conseil et Commission, C-146/91, Rec. p. I-4199, point 61.

³⁴ Voir, notamment, arrêts du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. p. I-4023; du 24 novembre 1993, Mondiet, C-405/92, Rec. p. I-6133; du 19 janvier 1994, Association pour la protection des animaux sauvages e.a., C-435/92, Rec. p. I-67; du 5 octobre 1999, Espagne/Conseil, C-179/95, Rec. p. I-6475; et du 21 mars 2000, Greenpeace France e.a., C-6/99, Rec. p. I-1651.

³⁵ Voir, notamment, arrêt du 16 juillet 1998, Bergaderm et Goupil/Commission, T-199/96, Rec. p. II-2805, confirmé sur pourvoi par l'arrêt de la Cour du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec. p. I-5291; l'ordonnance du président du Tribunal, Pfizer Animal Health/Conseil, citée au point 62 ci-dessus, confirmée sur pourvoi par ordonnance Pfizer Animal Health/Conseil, citée au point 62 ci-dessus, et l'ordonnance du président du Tribunal du 30 juin 1999, Alpharma/Conseil, T-70/99 R, Rec. p. II-2027.

³⁶ Arrêt du 5 avril 2001, EFTA-Surveillance Authority/Norvège, E-3/00, non encore publié au Recueil de la Cour de l'AELE.

Le principe de précaution ne peut donc être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondé sur des simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré.

L'évaluation des risques comporte pour l'autorité publique compétente, en l'espèce les institutions communautaires, une **double tâche**, dont les deux volets sont complémentaires et peuvent se chevaucher mais qui, en raison de leurs fonctions différentes, ne doivent pas être confondus. L'évaluation des risques comporte en effet, d'une part, la **détermination du niveau de risque jugé inacceptable** et, d'autre part, la **réalisation d'une évaluation scientifique des risques**.

Quant à ce premier volet, il y a lieu d'observer qu'il appartient aux institutions communautaires de définir, dans le respect des normes applicables des ordres juridiques international et communautaire, les objectifs politiques qu'elles entendent poursuivre dans le cadre des compétences qui leur ont été conférées par le traité. Ainsi, dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce et, plus spécifiquement, de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS), qui figure à l'annexe I A de l'accord instituant l'OMC³⁷, la possibilité pour les membres de cette organisation de déterminer le niveau de protection jugé approprié a expressément été consacrée³⁸.

Dans ce contexte, il appartient aux institutions communautaires de fixer le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société. En conséquence de celui-ci, elles doivent alors, dans le cadre de ce premier volet de l'évaluation des risques, déterminer le niveau de risque - c'est-à-dire le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels - qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé,

nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé humaine, le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante. La détermination du niveau de risque jugé inacceptable comporte donc pour les institutions communautaires la définition des objectifs politiques poursuivis dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par le traité.

S'il leur est défendu d'adopter une approche purement hypothétique du risque et d'orienter leurs décisions à un niveau de « risque zéro », les institutions communautaires doivent toutefois tenir compte de leur obligation, en vertu de l'article 129, paragraphe 1, premier alinéa, du traité, d'assurer un niveau élevé de la protection de la santé humaine qui, pour être compatible avec cette disposition, ne doit pas nécessairement être techniquement le plus élevé possible³⁹.

La détermination du niveau de risque jugé inacceptable dépend de l'appréciation portée par l'autorité publique compétente sur les circonstances particulières de chaque cas d'espèce. À cet égard, cette autorité peut tenir compte, notamment, de la gravité de l'impact d'une survenance de ce risque sur la santé humaine, y compris l'étendue des effets adverses possibles, de la persistance, de la réversibilité ou des effets tardifs possibles de ces dégâts ainsi que de la perception plus ou moins concrète du risque sur la base de l'état des connaissances scientifiques disponibles.

Quant au deuxième volet de l'évaluation des risques, la Cour a déjà eu l'occasion de constater que, dans le domaine alimentaire, les institutions communautaires sont appelées à procéder à des évaluations complexes d'ordre technique et scientifique⁴⁰.

Dans de telles circonstances, la réalisation d'une évaluation scientifique des risques est un préalable à la prise de toute mesure préventive.

³⁷ Approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (JOCE L 336, p. 1).

³⁸ Voir considérant 6 et article 3, paragraphe 3, de l'Accord précité, ainsi que le rapport de l'organe d'appel de l'OMC du 16 janvier 1998 sur les mesures communautaires relatives aux hormones de croissance, notamment points 124 et 176.

³⁹ Arrêt de la Cour du 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech, C-284/95, Rec. p. I-4301, point 49.

⁴⁰ Voir déjà arrêt de la Cour du 5 décembre 1978, Denkavit/Commission, 14/78, Rec. p. 2497, point 20.

S'agissant d'un processus scientifique, l'évaluation scientifique des risques doit, dans le respect des dispositions applicables, être confiée par l'autorité publique compétente à des experts scientifiques qui lui fourniront, à l'issue de ce processus scientifique, des avis scientifiques.

L'obligation des institutions communautaires d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, prévue à l'article 129, paragraphe 1, premier alinéa, du traité, implique en effet que celles-ci doivent garantir que leurs décisions sont prises en pleine considération des meilleures données scientifiques disponibles et qu'elles sont fondées sur les résultats les plus récents de la recherche internationale.

Aussi, pour remplir leurs fonctions, les avis scientifiques sur les questions relatives à la santé des consommateurs doivent, dans l'intérêt des consommateurs et de l'industrie, être fondés sur les principes d'**excellence**, d'**indépendance** et de **transparence**, ainsi que cela a été souligné tant dans les considérants de la décision de la Commission 97/579 que dans les communications précitées de la Commission sur le principe de précaution et sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire.

Dans le contexte de l'application du principe de précaution, la réalisation d'une évaluation scientifique complète des risques peut s'avérer impossible en raison de l'insuffisance des données scientifiques disponibles. L'accomplissement d'une telle évaluation scientifique complète peut en effet nécessiter la réalisation d'une recherche scientifique très approfondie et longue. Or, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence ESB et NFU citée ci-dessus et sauf à vider le principe de précaution de son effet utile, l'impossibilité de réaliser une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité publique compétente de prendre des mesures préventives, si nécessaire à très brève échéance, lorsque de telles mesures apparaissent indispensables eu égard au niveau de risque pour la santé humaine déterminé par cette autorité comme étant inacceptable pour la société.

Dans une telle situation, il incombe donc à l'autorité publique compétente de procéder à une **mise en balance des obligations** qui

pèsent sur elle et de décider **soit d'attendre** que des résultats d'une recherche scientifique plus approfondie soient disponibles, **soit d'agir** sur la base des connaissances scientifiques disponibles. S'agissant de mesures visant la protection de la santé humaine, cette mise en balance dépend, compte tenu des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, du niveau de risque déterminé par cette autorité comme étant inacceptable pour la société.

Ceci étant, l'évaluation scientifique des risques, réalisée par des experts scientifiques, doit donner à l'autorité publique compétente une information suffisamment fiable et solide pour lui permettre de saisir toute la portée de la question scientifique posée et pour déterminer sa politique en connaissance de cause. Par conséquent, sauf à adopter des mesures arbitraires qui ne sauraient en aucun cas être légitimées par le principe de précaution, l'autorité publique compétente doit veiller à ce que les mesures qu'elle prend, même s'il s'agit de mesures préventives, soient fondées sur une évaluation scientifique des risques aussi exhaustive que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce. Malgré l'incertitude scientifique subsistante, cette évaluation scientifique doit permettre à l'autorité publique compétente d'apprécier, sur la base des meilleures données scientifiques disponibles et sur celle des résultats les plus récents de la recherche internationale, si le niveau de risque qu'elle juge acceptable pour la société est dépassé. C'est sur cette base que cette autorité doit décider si la prise de mesures préventives s'impose.

Par ailleurs, cette évaluation scientifique des risques doit également permettre à l'autorité compétente, dans le cadre de la gestion des risques, de déterminer quelles mesures lui semblent appropriées et nécessaires pour éviter que le risque se réalise.

Quant à l'étendue du contrôle juridictionnel, il convient de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, les institutions communautaires disposent, en matière de politique agricole commune, d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la définition des objectifs poursuivis et le choix des instruments d'action appropriés.

Dans un tel contexte, le contrôle du juge communautaire quant au fond doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si les institutions communautaires n'ont pas manifestement dépassé les limites de leur pouvoir d'appréciation⁴¹.

Il s'ensuit que, le plus souvent, les institutions communautaires disposent d'un large pouvoir d'appréciation, notamment en ce qui concerne la détermination du niveau de risque jugé inacceptable pour la société.

De plus, il est de jurisprudence constante que lorsqu'une autorité communautaire est appelée, dans le cadre de sa mission, à effectuer des évaluations complexes, le pouvoir d'appréciation dont elle jouit s'applique également, dans une certaine mesure, à la constatation des éléments factuels à la base de son action

Il en résulte que, lorsqu'il incombe aux institutions communautaires de procéder à une évaluation scientifique des risques et d'apprécier des éléments factuels d'ordre scientifique et technique hautement complexes, le contrôle juridictionnel relatif à l'accomplissement de cette tâche par les institutions communautaires doit être limité. Dans un tel contexte, le juge communautaire ne peut en effet substituer son appréciation des éléments factuels à celle des institutions à qui seules le traité a conféré cette tâche. Il doit, en revanche, se limiter à vérifier si l'exercice par les institutions de leur pouvoir d'appréciation dans ce cadre n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si les institutions communautaires n'ont pas manifestement dépassé les limites de leur pouvoir d'appréciation.

En particulier, il convient d'observer que le principe de précaution permet aux institutions communautaires d'adopter, dans l'intérêt de la santé humaine mais sur la base d'une connaissance scientifique encore lacunaire, des mesures de protection susceptibles de porter atteinte, même de façon profonde, à des positions juridiques protégées et donne, à cet égard, aux institutions une marge d'appréciation importante.

Or, conformément à une jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal, dans de telles circonstances, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce.

Il s'ensuit que l'accomplissement d'une évaluation scientifique des risques aussi exhaustive que possible sur la base d'avis scientifiques fondés sur les principes d'excellence, de transparence et d'indépendance, constitue une **garantie procédurale** importante en vue d'assurer l'objectivité scientifique des mesures et d'éviter la prise de mesures arbitraires.

S'agissant de mesures prises dans l'objectif de la protection de la santé humaine, la position défendue par les institutions, lorsqu'elle diverge de celle exprimée dans les avis scientifiques recueillis, doit être fondée sur ce seul objectif. Ceci implique également que, pour s'écarter des conclusions exprimées dans un tel avis, les institutions communautaires doivent pouvoir s'appuyer sur une analyse appropriée, réalisée avec soin et impartialité, de tous les éléments pertinents du cas d'espèce, au nombre desquels figure le raisonnement ayant conduit aux conclusions exprimées dans l'avis scientifique.

Il ne saurait être reproché aux institutions communautaires de fonder leur décision de ne pas suivre les conclusions exprimées dans un avis scientifique sur certains éléments d'analyse contenus dans ce même avis, du moment que celui-ci satisfait aux critères d'excellence, de transparence et d'indépendance exigés des avis scientifiques et qu'il comprend non seulement la réponse donnée à la question soumise par la Commission, mais aussi une explication scientifique et tout avis minoritaire. C'est en effet seulement de cette manière que l'avis scientifique peut permettre à l'autorité publique de réaliser la tâche qui lui a été attribuée, à savoir de décider s'il y a lieu de prendre des mesures et si oui, lesquelles.

⁴¹ Arrêts de la Cour du 25 janvier 1979, Racke, 98/78, Rec. p. 69, point 5; du 11 juillet 1989, Schröder, 265/87, Rec. p. 2237, point 22, et du 21 février 1990, Wuidart e.a., C-267/88 à C-285/88, Rec. p. I-435, point 14; arrêts Fedesa e.a., point 14, ESB, point 60, et NFU, point 39.

Ce n'est que dans des **circonstances exceptionnelles** et lorsqu'il est assuré que des garanties d'objectivité scientifique adéquates sont réunies que les institutions communautaires peuvent, lorsqu'elles sont, comme en l'espèce, appelées à évaluer des éléments factuels particulièrement complexes d'ordre technique et scientifique, adopter une mesure préventive sans disposer d'un avis du comité scientifique compétent au sujet des éléments scientifiques pertinents.

Au total, dans le contexte de l'application du principe de précaution, des incertitudes scientifiques et l'impossibilité d'accomplir une évaluation scientifique complète des risques en temps utile ne sauraient empêcher l'autorité publique compétente de prendre des mesures de protection préventives, si de telles mesures apparaissent indispensables eu égard au niveau de risque pour la santé humaine que l'autorité publique a déterminé comme étant le seuil critique à partir duquel il faut prendre des mesures préventives. Celle-ci n'est pas tenue, pour pouvoir agir d'une manière préventive, d'attendre que le risque se réalise et que les effets adverses se matérialisent.

Il faut rappeler que, bien entendu, les mesures décidées par les institutions communautaires en application du principe de précaution doivent respecter le **principe de proportionnalité**.

Ce principe, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés⁴².

De même, il y a lieu de préciser que le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que l'article 40 du traité CE (devenu, après modification, article 34 CE) et l'article 43 du traité lui attribuent. Par conséquent, seul le caractère manifestement

inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure⁴³.

L'évaluation coûts/bénéfices peut constituer une expression particulière du principe de proportionnalité dans le cadre de dossiers impliquant la gestion de risques.

Le juge examine en conséquence si les institutions communautaires ont commis des erreurs dans l'évaluation, dite « évaluation coûts/bénéfices », dans le cadre de laquelle les coûts et bénéfices pour la société attendus de l'action envisagée sont comparés avec les coûts et bénéfices qui résulteraient d'une absence d'action.

Il est certain que la Commission, le Conseil et le Parlement européen ont pu enrichir leurs réflexions et discussions des éléments de cette jurisprudence au cours de l'élaboration du règlement du 28 janvier 2002.

2. LE REGLEMENT COMMUNAUTAIRE DU 28 JANVIER 2002

Le règlement communautaire du 28 janvier 2002 consacre son article 7 au principe de précaution. Il précise les circonstances de sa mise en œuvre au paragraphe 1 : « *Dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque* ». Le paragraphe 2 précise ses conditions d'application : « *Les mesures adoptées en application du paragraphe 1 sont proportionnées et n'imposent pas plus de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question* ».

⁴² Arrêt Fedesa e.a., point 13.

⁴³ Arrêt Fedesa e.a., point 14.

Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable, en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une évaluation plus complète du risque ».

Ce texte est trop récent pour que la jurisprudence communautaire ait eu à en connaître, mais il va de soi qu'il dicte le contenu des textes de droit communautaire dérivé ainsi que la nature des actions qui en découlent.

IV - CONCLUSION

A regarder l'évolution qui se produit depuis le début du siècle, il est permis de penser que le consommateur, qu'il soit national ou européen, devient de plus en plus exigeant à l'égard des « **garanties** » que doivent présenter les produits alimentaires⁴⁴.

Parmi celles-ci, celles qui touchent à la **santé** et à la **sécurité** prennent un relief grandissant. En effet, puisqu'il lui faut manger pour vivre et parce que l'aliment s'incorpore à son organisme, le consommateur rejette l'idée qu'il puisse courir un risque en s'alimentant. Sans doute cela est-il dû aussi à la distance de plus en plus grande qui sépare la production de la consommation et aux soupçons qui en résultent vis-à-vis de l'industrie agro-alimentaire et de ses fournisseurs. En cas de crise, ces soupçons n'épargneront pas les pouvoirs publics.

Dès lors, le consommateur entend qu'une **maîtrise des risques**, la plus étendue possible, soit mise en place par les différents acteurs impliqués, c'est-à-dire :

- non seulement les **opérateurs économiques**, qu'il s'agisse du fabricant (producteur primaire, transformateur) ou du distributeur, aussi bien que de leurs conseillers, internes ou externes ;

- mais aussi des **pouvoirs publics**, chargés non seulement de définir mais surtout de faire respecter les « règles du jeu ».

Dans le même temps, l'essor des échanges mondiaux dans le domaine des denrées alimentaires bouleverse les données du

contexte. Le statut sanitaire de ces produits est fort variable, ce qui peut pousser certains Etats à se draper dans l'objectif de la protection de la santé publique pour adopter des mesures aux visées protectionnistes moins avouables. Le législateur français l'a rappelé à propos des mesures de prévention pouvant être prises sur le fondement du code de la consommation, ainsi que le précise son article L. 221-9 : « Les mesures décidées en application des articles L. 211-2 à L. 221-8 doivent être proportionnées au danger présenté par les produits et les services ; elles ne peuvent avoir pour but que de prévenir ou faire cesser le danger en vue de garantir ainsi la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans le respect des engagements internationaux de la France ».

Le renforcement des dispositions de la sécurité sanitaire doit donc rester compatible avec les obligations internationales de la France auxquelles elle est soumise dans le cadre des accords SPS. La mise en place des nouvelles instances prévues par la loi du 1^{er} juillet 1998 devra trouver son point d'équilibre entre ces deux objectifs. Cette recherche sera d'autant plus délicate qu'un nouvel acteur communautaire entre en jeu, l'AESA, dont l'articulation avec les agences nationales des pays membres (dont l'AFSSA) sont encore loin d'être précisées. L'avenir nous montrera en quoi la mise en place de ces procédures multiples aura contribué à accroître le niveau de sécurité sanitaire des aliments.



⁴⁴ Charles Castang, La revanche des principes, La lettre de l'Association européenne du droit de l'alimentation (A.E.D.A.), n° 2, février 1996, pages 2-3.