CONSEIL D'ÉTAT

La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse

Étude adoptée
par l'assemblée
générale plénière
le 26 avril 2018

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63, 2012.
- Le droit souple - étude annuelle 2013, n° 64, 2013.
- Le numérique et les droits fondamentaux - étude annuelle 2014, n° 65, 2014.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n°67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation» – étude annuelle 2017, n°68.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes: anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger, 2016.

Collection « Droits et Débats »

- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique. Quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État? – Tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe - Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 2, n° 23, 2018.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2018.

Collection « Histoire et Mémoire »

- Conférences Vincent Wright, volume 1, n° 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^{e} siècle, n° 2, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, n° 3, 2014.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, n° 5, 2017

Collection « Jurisprudences » (ancienne collection « Documents d'études »).

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016
- Jurisprudence du Conseil d'État 2016-2017, 2018

Sommaire

Index des principales abréviations **5**

Introduction **7**

Première partie – La prise en compte du risque, qui est au cœur de l'action publique, est devenue difficile **9**

1.1. Le risque, sous ses différentes formes, est au cœur des missions des acteurs publics 9

1.1.1. Le risque a toujours été un élément fondamental de justification de l'intervention publique 9

1.1.1.1. La protection du public contre le risque est au cœur des missions des acteurs publics *9*

1.1.1.2. La défense de l'intérêt général met les acteurs publics dans l'obligation de prendre des risques *13*

1.1.2. Les acteurs publics sont confrontés à différents types de risques 17

1.1.2.1. Le risque correspond à un événement incertain mais prévisible, dont le résultat peut être négatif ou positif *17*

1.1.2.2. Les risques exogènes à l'action publique : des menaces objectives dont il faut protéger la population *21*

1.1.2.3. Les risques endogènes à l'action publique : des risques causés par l'action publique elle-même *23*

1.1.3. La réponse publique face au risque repose traditionnellement sur la prévention, la gestion et la réparation 25

1.1.3.1. Les politiques de prévention et de gestion du risque *25*

1.1.3.2. La gestion de crise *35*

1.1.3.3. La réparation *36*

1.2. La prise en compte du risque par les décideurs publics est devenue à la fois plus difficile et plus nécessaire 42

1.2.1. Les décideurs publics agissent dans un contexte profondément modifié 42

1.2.1.1. Le changement d'échelle du risque *42*

1.2.1.2. Le défi de la connaissance du risque *43*

1.2.1.3. Les attentes du public vis-à-vis des décideurs publics *48*

1.2.1.4. Le principe de précaution *52*

1.2.2. Les décideurs publics peuvent souvent être portés, dans ce contexte, à prendre peu de risque, au détriment de l'intérêt général 59

1.2.2.1. La crainte d'être mis en cause personnellement, notamment sur le plan pénal *59*

1.2.2.2. L'insuffisante valorisation de la prise de risque dans l'action publique *75*

1.2.2.3. Des marges de manœuvre insuffisamment utilisées.....78

1.2.2.4. Une importante capacité d'innovation est plus nécessaire que jamais.....80

Deuxième partie – L'action publique doit être à la fois protectrice, audacieuse et responsable 83

2.1. Concevoir une stratégie de prise en compte du risque dans l'action publique 83

2.2. Permettre aux décideurs publics de mieux gérer les risques exogènes 85

2.2.1. Savoir 86

2.2.2. Décider 88

2.2.3. Informer, dialoguer et former 90

2.3. Encourager les décideurs publics à agir de façon audacieuse 91

2.3.1. Améliorer la gouvernance publique 91

2.3.2. Adopter de bonnes méthodes de décision publique 93

2.3.3. Adapter la gestion des ressources humaines et le management publics 97

2.4. Améliorer le traitement du contentieux de la responsabilité des acteurs publics 101

2.4.1. Le contentieux administratif 101

2.4.2. La responsabilité financière 103

2.4.3. La responsabilité pénale 103

Conclusion 109

Synthèse des propositions 111

Annexes 115

Annexe 1 – Lettre de mission 117

Annexe 2 – Composition du groupe de travail 120

Annexe 3 – Liste des personnes auditionnées, rencontrées et consultées 121

Annexe 4 – Bibliographie 123

Index des principales abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ABM	Agence de biomédecine
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AEM	Agence européenne des médicaments
AFSSA	Agence française de sécurité sanitaire des aliments
AFSSAPS	Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
AFSSET	Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail
AIPP	Atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique
AMF	Autorité des marchés financiers
ANSES	Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament
ANSP	Agence nationale de santé publique
ANSSI	Agence nationale de sécurité des systèmes informatiques
API	Autorité publique indépendante
ARS	Agence régionale de santé
ASE	Aide sociale à l'enfance
ASN	Agence de sûreté nucléaire
CAPS	Centre d'analyse, de prévision et de stratégie
CASA	Comité d'animation du système d'agences
CDBF	Cour de discipline budgétaire et financière
CEPS	Comité économique des produits de santé
CEREMA	Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CETE	Centre d'études techniques de l'équipement
CGSP	Commissariat général à la stratégie et à la prospective
CHAI	Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État
CIC	Cellule interministérielle de crise
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNDP	Commission nationale du débat public
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
COGIC	Centre opérationnel de gestion interministérielle des crises
COR	Conseil d'orientation des retraites

DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DDRM	Dossier départemental sur les risques majeurs
DICRIM	Document d'information communal sur les risques majeurs
EFS	Établissement français du sang
EFSA	Autorité européenne de sécurité des aliments
EPRUS	Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires
FDA	Food and drug administration
FGAO	Fonds de garanties des assurances obligatoires de dommages
FGTI	Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions
FIVA	Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante
FSA	Food standards agency
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
INCA	Institut national du cancer
INPES	Institut national de prévention et d'éducation pour la santé
INRA	Institut national de la recherche agronomique
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
INVS	Institut national de veille sanitaire
IRSN	Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire
NBIC	Nanotechnologies, biotechnologies, informatique et sciences cognitives
NRA	National risk assessment
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
OPECST	Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques
ORSEC	Organisation de la réponse de sécurité civile
PCS	Plan communal de sauvegarde
PPI	Plan particulier d'intervention
PPRN	Plan de prévention des risques naturels
PPRT	Plan de prévention des risques technologiques
PUI	Plan d'urgence interne
RSE	Responsabilité sociale et environnementale des entreprises
RSI	Règlement sanitaire international
RTU	Recommandations temporaires d'utilisation
SGDSN	Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale
SMR	Service médical rendu
SSM	Service statistique ministériel
UVF	Unité de vie familiale

Introduction

Le risque, comme instrument de compréhension et de gouvernement de nos sociétés, a fait son entrée dans le débat public au tournant des années 1980. Dans un contexte international de ralentissement de la croissance économique après les chocs pétroliers, d'interrogations sur la capacité des modèles sociaux – et notamment des systèmes d'assurance sociale – à protéger effectivement les populations, d'apparition de nouvelles occasions de conflits armés, sur fond de dissuasion nucléaire et de prise de conscience accrue des dégradations des milieux naturels, est né le sentiment qu'une époque était en train de s'achever, et avec lui une inquiétude quant aux temps qui allaient advenir. L'ouvrage *La Société du risque* du sociologue allemand Ulrich Beck, paru en 1986, année d'une catastrophe nucléaire – Tchernobyl – et d'un accident spatial – navette Challenger – l'une et l'autre majeurs, est parvenu à saisir l'état d'esprit du monde occidental en cette fin de XX^e^ siècle. L'espoir du progrès inspiré par la science a fait place à un climat dominé par l'inquiétude et l'incertitude. Ulrich Beck écrivait : « *On peut résumer la force qui oriente la société de classe par la phrase : j'ai faim ! De l'autre côté, on exprime ce qui est mis en mouvement dans la société du risque par la déclaration : j'ai peur ! La banalité de l'anxiété prend la place de la banalité du besoin* »[1]. Ces réflexions, développées par de nombreux auteurs[2], s'inscrivent plus largement dans l'interrogation contemporaine sur la modernité : nous entrerions dans une nouvelle ère où les risques sont produits par notre société moderne elle-même. Un tel diagnostic prévaut, quelles qu'en soient les causes : nous entrons dans la postmodernité.

Cette transformation du monde et de la société emporte des conséquences sur l'action publique. L'État, qui a traditionnellement la charge, non seulement de la protection des populations, mais aussi de la prise de risque collective à l'échelle nationale, ne peut pas être indifférent à la sensibilité contemporaine au risque. Il est vrai que le risque est, depuis toujours, inhérent à l'action publique. Mais l'évolution de la perception du risque depuis les années 1980, notamment sous l'effet de graves crises sanitaires, environnementales et financières, met au défi les acteurs publics de prendre les décisions adaptées dans de telles situations sans occulter la responsabilité des personnes privées.

L'étude annuelle du Conseil d'État pour 2005, intitulée « *Responsabilité et socialisation du risque* » a permis d'éclairer les conséquences de ce phénomène sur la gestion *a posteriori* des risques. Or, si les mécanismes de socialisation des risques, par voie assurantielle ou la solidarité nationale, peuvent *a priori* sembler favoriser une action publique moins rétive face à la prise de risque, cela n'épuise pas le sujet de la prise en compte du risque dans l'action publique qu'il convient

1 U. Beck, *La Société du risque*, « Champs », Flammarion, 2001, p. 15.

2 Notamment sous l'influence de F. Ewald en France (*L'État-providence,* Grasset, 1986) et d'A. Giddens au Royaume-Uni (*Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994).

d'appréhender de manière élargie. La mise en balance de l'avantage recherché avec le risque encouru est au cœur de cette approche. C'est l'objet de la présente étude. Celle-ci commence par resituer sur le temps long les relations entre le risque et les acteurs publics, avant de définir plus précisément ce qu'il faut entendre par le terme de « risque ». Elle présente ensuite les mécanismes traditionnels par lesquels les personnes publiques font face au risque avant de proposer un diagnostic de la situation.

Il faut souligner que de nombreux fonctionnaires prennent des risques quotidiens. L'impact de ces risques pour les agents eux-mêmes peut être très important et aller jusqu'à subir une violence physique : cela est vrai non seulement pour les forces de l'ordre et l'armée, mais plus largement, en particulier pour les activités impliquant un contact direct avec le public. Toutefois, appréhendée de manière générale, l'action publique contemporaine peut apparaître marquée par le conservatisme et la routine. La faible propension collective pour l'innovation et l'audace, à un moment où celles-ci sont plus que jamais nécessaires pour assurer le dynamisme de notre pays, peut s'avérer préjudiciable à l'intérêt général.

On a pu penser que la cause déterminante de cette situation résidait dans une forme d'inhibition des acteurs publics, due aux exigences qui découlent du principe de précaution et à la mise en jeu accrue de leur responsabilité pénale. Mais, si ces facteurs ne sont pas à négliger, les principaux motifs de cette « aversion » au risque sont plutôt à rechercher dans l'absence, parmi les décideurs publics et plus généralement au sein de la population, d'une culture et d'une pratique du risque.

Dans un tel contexte, faute d'être armé pour agir en toute connaissance de cause, le décideur public peut être amené à privilégier le moindre risque. En outre, n'étant pas incité à faire preuve d'audace, du fait de la stigmatisation de l'échec, il ne prend pas toujours les décisions que commanderait l'intérêt général.

Pour remédier à cette situation, la présente étude recommande trois séries de mesures qui devraient être prises dans le cadre de la politique de transformation de l'action publique : d'une part, en vue d'assurer plus efficacement la protection du public contre les risques exogènes, anticiper, évaluer et gérer les risques, de manière plus objective et professionnalisée ; d'autre part, d'une façon générale, transformer la gouvernance, les méthodes de décision et de gestion des ressources humaines publiques, afin que l'audace, qui suppose une prise de risque, soit favorisée et récompensée ; enfin, adapter, en tant que de besoin, les procédures contentieuses et le régime de la responsabilité.

La présente étude porte sur l'action publique en général et concerne donc l'ensemble des collectivités publiques. Elle inclut dans son champ tous les décideurs publics – politiques et administratifs. Elle insiste toutefois sur le rôle de l'État à qui la mission de protection de la population contre les risques incombe particulièrement. Si un large spectre de risques est appréhendé, les risques géostratégiques et la menace terroriste, en raison de leurs spécificités, ne seront pas abordés.

La prise en compte du risque, qui est au cœur de l'action publique, est devenue difficile

1.1. Le risque, sous ses différentes formes, est au cœur des missions des acteurs publics

1.1.1. Le risque a toujours été un élément fondamental de justification de l'intervention publique

Les relations entre le risque et la décision publique sont à la fois ambivalentes et anciennes. Elles suivent les grands changements dans l'exercice de l'action publique au cours des siècles, ainsi que les évolutions du rôle assigné au savoir et à la science dans nos sociétés. Ces relations dessinent deux figures de l'État : l'État protecteur et l'État entrepreneur. Le mot *risque* est ici employé dans son sens commun de dangers, périls, aléas ou menaces, avant de procéder, au 1.1.2., à une définition plus précise des différentes catégories et formes de risques.

1.1.1.1. La protection du public contre le risque est au cœur des missions des acteurs publics

■ ***Risque et continuité***

Dans son étymologie – *stare* : se tenir debout –, l'État a partie liée avec la stabilité. Sur ce plan, le rapport au temps de l'État n'est pas neutre : avant d'être un principe de mouvement et de mutabilité, il est d'abord conçu comme un principe de pérennité et de continuité. La transmission héréditaire du pouvoir dans le royaume manifestait une première forme de pérennité incarnée par la filiation. Puis l'acteur public a été progressivement identifié à un principe abstrait de permanence, idée qui est traditionnellement datée de la deuxième partie du Moyen Âge, notamment à la suite des travaux pionniers de l'historien allemand Ernst Kantorowicz sur la théorie des deux corps du roi[3]. La promotion à partir du XVIe siècle de la *République* antique, à la fois idée d'organisation de la cité puis forme de gouvernement excluant la transmission héréditaire, poursuit ce mouvement d'identification de la puissance publique à une entité abstraite qui ne serait pas soumise à l'emprise du temps.

3 E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Princetown University Press, 1957.

Le principe de continuité, constitutif de l'action publique, révèle un premier contraste entre l'État et le risque : si le risque désigne d'abord un changement, un principe d'évolution ou d'innovation, la puissance publique semble, quant à elle, viser la pérennité.

■ *L'État moderne et l'exigence de protection contre les risques*

L'époque moderne introduit une nouvelle conception de l'État qui, par de multiples aspects, situe le risque au cœur de la notion de pouvoir et de la mission de sécurité. Celle-ci acquiert la signification qui lui est encore donnée communément aujourd'hui : le maintien de l'ordre public matériel, caractérisé par l'absence de périls pour la vie, la liberté ou les droits – notamment le droit de propriété – des individus[4].

Dans le champ de la philosophie politique, les grands penseurs de la modernité ont tous désigné la sécurité comme une des fins – sinon la fin – de l'action publique[5]. Hobbes écrit, par exemple, que « *ceux qui ont institué la République, [l'ont instituée] pour leur sécurité non temporaire, mais perpétuelle* »[6] et que le souverain est réputé ne rien faire « *qu'en vue de la paix et de la sécurité communes* »[7]. Pour Spinoza : « *la vertu de l'État c'est la sécurité*[8] » et « *le meilleur régime se connaît facilement à partir de la fin de la société civile qui est la paix et la sécurité de la vie*[9] ». Selon les mots de Locke : « *Le salut et la sécurité sont la fin qu'on pose quand on forme une société politique*[10] ». Le maintien de la sécurité apparaît à la fois comme la justification originelle de l'État, la source de sa légitimité et le but de sa mission.

La conception de l'État à partir d'un tel objectif de protection peut conduire à définir l'action publique à travers ce contre quoi une protection doit être mise en place : les risques. Les théoriciens du contrat social ont précisément entendu appuyer leur vision de l'État moderne sur des récits des origines sur l'état de nature qui, d'une certaine façon, explicitent les risques constamment à l'œuvre dans les sociétés humaines. Le premier risque naît du rapport social et du simple fait de vivre à plusieurs : la guerre de tous contre tous, notamment chez Hobbes[11]. Les dangers peuvent aussi venir de la nature elle-même[12].

---

4 F. Gros, *Le Principe de sécurité*, Gallimard, 2012, p. 94.

5 Pour les citations qui suivent : F. Gros, *ibid.*, p. 97.

6 Th. Hobbes, *Leviathan*, trad. F. Tricaud, Sirey, 1992, p. 202.

7 *Ibid.*, p. 264.

8 B. Spinoza, *Traité politique*, trad. F.-Ch. Ramond, PUF, 2005, p. 93.

9 B. Spinoza, *ibid.*, p. 135.

10 J. Locke, *Le Second traité du gouvernement. Un essai sur l'origine véritable, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J.-F. Spitz, PUF, 1994, p. 68.

11 Dans un tel état, « *il n'y a (...) pas de société, [mais il y a], ce qui [est] le pire de tout, la crainte permanente, et le danger de mort violente ; et la vie de l'homme est solitaire, indigente, dégoûtante, animale et brève* » (Th. Hobbes, *Leviathan*, chp XIII).

12 J.-J. Rousseau, lui-même pourtant sensible aux vertus de la nature, évoque pour l'homme vivant à l'état de nature les *« difficultés, [qu']il fallut apprendre à vaincre ; la hauteur des arbres qui l'empêchait d'atteindre à leurs fruits, la concurrence des animaux qui cherchaient à s'en nourrir, la férocité de ceux qui en voulaient à sa propre vie* » (J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, II[e] partie).

Face à ces menaces, l'État moderne incarne une puissance protectrice. Il a la responsabilité de les maîtriser, notamment par la réglementation. La sociologie du risque attribue à l'État le rôle de convertir ces dangers indéterminés en des *risques* à proprement parler (cf. 1.1.2.2). Dans cette lignée, le risque constitue une « technologie de gouvernement »[13] : appliquée à un objet – une substance, une situation, un phénomène, une installation – initialement incertain, elle entreprend de le rendre mesurable et anticipable, c'est-à-dire gouvernable[14]. Comme l'écrit François Ewald : « *Il n'y a pas de risque en soi ; il n'y a pas de risque dans la réalité. Mais d'un autre côté, tout peut être un risque ; tout dépend de la manière dont on analyse le danger, dont on considère l'événement* »[15]. C'est ainsi que la « mise en risque » accompagne le processus de construction puis d'extension de l'État contemporain[16]. Les réglementations destinées à prévenir certains risques sont apparues notamment pour faire face à la densification des villes dans un contexte de croissance démographique[17]. La mission de l'État de protection contre les risques se précise, lorsqu'il s'agit de lutter contre des épidémies, des catastrophes naturelles ou des invasions – ce qui requiert l'invention de techniques permettant de faire face à ces menaces[18]. Cette mission se prolonge ensuite dans la protection de la santé et de l'environnement, au fur et à mesure que les progrès de la révolution industrielle conduisent à l'implantation d'installations ou la mise sur le marché de produits porteurs de dangers. Les progrès de la science et de la médecine, qui contribuent à mieux identifier certains risques, ainsi que les techniques statistiques, qui permettent de faire émerger des phénomènes quantifiables, étendent cette mission de l'État[19]. Elle se poursuit au XX^e^ siècle par la mise en place des institutions de l'État-providence, destinées à garantir un niveau de protection économique et sociale permettant de rendre l'avenir moins incertain, tant pour les individus que les entreprises.

■ ***L'avènement des probabilités comme instrument de gestion des risques***

La théorie du risque apparaît d'abord dans la sphère privée, et plus particulièrement dans le domaine marchand. Si des premières formes d'assurance, de mécanismes d'entraide ou de solidarité manifestaient depuis l'Antiquité des sortes de mécanismes de répartition des risques, le XVII^e^ siècle est marqué par une demande croissante d'assurance maritime. La création, dans les années 1680 à Londres, de l'établissement d'Edward Lloyd – dont la Lloyd's of London est l'héritière – marque le développement des liens entre armateurs, marchands et capitaines de navires

13 Au sens où l'entendent Michel Foucault et François Ewald.

14 O. Borraz, *Les politiques du risque*, Presses de Sciences Po, 2008.

15 F. Ewald, « *Insurance and risk* », *The Foucault Effect : Studies in Governmentality*, Ed. Graham Burchell, C. Gordon and P. Miller, University of Chicago Press, 1991.

16 R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Le Seuil, 2013.

17 Par exemple : l'édit du 15 mars 1667 de Louis XIV portant création de l'office de Lieutenant de Police de Paris détermine un champ de compétence large de prévention des risques, excédant nettement le seul maintien de l'ordre au sens strict et la lutte contre la délinquance.

18 P. Baldwin, *Contagion and the State in Europe*, 1830-1930, Cambridge University Press, 1999.

19 M. Foucault, *Sécurité, population, territoire. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard, 2004 ; Th. M. Porter, *Trust in numbers : The pursuit of objectivity in science and public life*, Princeton University Press, 1996 ; A. de Swaan, *Sous l'aile protectrice de l'État*, PUF, 1995 ; D. A. Moss, *When all else fails : Government as the ultimate risk manager,* Harvard University Press, 2004.

marchands. Ces échanges d'informations entre les parties désireuses d'engager de telles entreprises maritimes risquées et celles ayant la capacité financière de les assurer ont rendu possible l'assurance des cargaisons et navires.

Cette origine explique que la théorie du risque ait été écrite en particulier à partir du champ financier et assurantiel. Le point de vue du marchand, soucieux de la délimitation précise des gains et des pertes, introduit l'univers du calcul dans la décision. Depuis lors, les décisions privées comme les décisions publiques sont communément appréhendées à travers le prisme du rapport des coûts et des bénéfices.

Calcul des probabilités et gestion des risques

L'histoire de la gestion du risque montre que la maîtrise que permet le calcul participe à la réalisation du projet moderne[20]. Elle insiste notamment sur la rupture qu'a constituée la découverte de la théorie des probabilités au XVII^e^ siècle, et son application par Pascal à des phénomènes de la vie pratique. Pour lui, l'incertitude ne doit pas empêcher l'action : « *(…) combien de choses fait-on pour l'incertain (?) Les voyages sur mer, les batailles. Je dis donc qu'il ne faudrait rien faire du tout, car rien n'est certain. (…) Car il n'est pas certain que nous voyions demain, mais il est certainement possible que nous ne le voyions pas*.[21] »

Le décideur doit donc faire son choix, non pas seulement en fonction de ce qu'il sait, mais de ce qui est probable. Le calcul de probabilité a largement influencé la perception par les individus de l'ensemble des domaines de la vie sociale. Les métiers de l'audit et du contrôle interne endossent cet héritage[22] de même que l'actuariat. Le développement de l'économie classique et la conceptualisation des mécanismes de formation et de distribution des richesses par Turgot et Adam Smith s'inscrit dans cette logique.

Dans son *Ars conjectandi* publié en 1713, Jacques Bernoulli envisage déjà d'utiliser le calcul des probabilités comme une technique politique, ce qui annonce ses implications sur les formes et modes de gouvernement. La controverse entre d'Alembert et Daniel Bernoulli en 1760 sur l'inoculation de la variole comportait des éléments de calcul du risque et fut peut-être une des premières applications des exigences de la gestion du risque sanitaire à la décision politique[23]. La technique probabilitiste est aussi à la source de la philosophie assurantielle de la protection sociale. Les autorités publiques ont ainsi progressivement intégré le calcul probabilitaire à leurs propres mécanismes de décision.

20 P. L. Bernstein, *Plus forts que les dieux. La remarquable histoire du risque*, trad. J. Hoffenberg, Flammarion, 1998 : « *Le changement révolutionnaire qui marque la frontière entre les temps modernes et le passé est l'art de la maîtrise des risques : l'idée que le futur est plus qu'un caprice des dieux et que les hommes seraient passifs face à la nature* ».

21 B. Pascal, *Pensées*, Brunschvicg 234 / Lafuma 577 (série XXIII) / Sellier 480.

22 Par exemple : Institut français de l'audit et du contrôle interne, *Manuel d'audit interne : Améliorer l'efficacité de la gouvernance, du contrôle interne et du management des risques*, Eyrolles, 2015 ; M. Power, *The audit society : Rituals of verification*, Oxford University Press, 1997 ; M. Power, *Organized uncertainty : Designing a world of risk management*, Oxford University Press, 2007.

23 J.-B. Fressoz, *L'Apocalypse joyeuse. Une histoire du risque technologique*, Le Seuil, 2012.

■ ***Le rapport du risque et de la norme selon les traditions juridiques***

La protection du public contre les risques s'opérant souvent par des instruments normatifs, le rapport au risque est aussi tributaire de la conception que la société a du droit. La manière de penser la norme elle-même – instrument de prévention des litiges *a priori* ou de leur résolution *a posteriori* – peut avoir des implications sur l'appréhension des risques et des litiges pour lesquels elle est édictée.

La prévention des litiges est en effet au cœur de la mission du droit dans l'approche continentale : « *prévenir les litiges autant que les résoudre, promouvoir un ordre de paix autant qu'un ordre de bataille*. »[24]. Droit écrit plutôt que jurisprudentiel, fondé sur des sources créées par un législateur plutôt que par un juge et assorti d'une méthode de résolution des litiges déductive plutôt qu'inductive, le droit continental paraît se caractériser par une logique inhérente de prévention des risques. Son contenu même consiste en un ensemble de règles générales et impersonnelles dont le rôle est de prévoir les risques possibles pour mieux en éviter la réalisation. La *common law* assimile, quant à elle, le droit à un ensemble de solutions apportées à des cas litigieux. Schématiquement, le droit continental semble donc se situer en amont du risque et la *common law* en aval.

Il est sans doute vrai que le rapport à l'innovation varie selon les traditions juridiques. En particulier, la facilité à créer de nouvelles catégories de brevets dans les pays de c*ommon law* permet de mieux accueillir les nouvelles inventions[25]. Mais le droit continental a quant à lui de nombreux atouts pour favoriser la maturation des innovations qui, une fois suscitées, ont en effet besoin de stabilité pour prospérer. Le souci d'accessibilité tant matérielle qu'intellectuelle du droit et les entreprises de codification servent cet objectif et sont œuvres de démocratisation. De plus, le système continental étant inspiré par un objectif d'harmonie sociale établie sur des bases plus larges[26] que celles de la *common law*[27], il invite à une vision multidimensionnelle de l'innovation[28]. Ainsi, la conception continentale de la norme, loin d'empêcher la prise de risque, peut, au contraire offrir un cadre adapté à son déploiement.

1.1.1.2. La défense de l'intérêt général met les acteurs publics dans l'obligation de prendre des risques

Au-delà de la mission de protection de la population contre les risques, les personnes publiques poursuivent une action dont la finalité ne se réduit pas à la seule sécurité. L'action publique vise, plus largement, la recherche du bien commun

24 M. Grimaldi, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LITEC, 2010.

25 Cette importance accordée à l'innovation est ancienne aux États-Unis où elle est consacrée dans la Constitution depuis 1787 : son article 1er précise que, parmi les compétences du Congrès, celui-ci a le pouvoir de « *promouvoir les progrès de la science et des arts utiles en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs les droits exclusifs sur leurs écrits ou inventions respectifs* ».

26 Intégrant l'ensemble des données de la société : morale, sociale, économique, familiale, etc. (M. Grimaldi, *ibid.*).

27 Où prime essentiellement le souci des libertés économiques.

28 Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST), *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, 28 octobre 2010, p. 29 : les innovations organisationnelle, pédagogique, sociale en sont des exemples.

ou de l'intérêt général. Celui-ci a en effet « *été regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »[29]. De même que les acteurs privés prennent des risques avec une espérance positive dans la réalisation de leurs projets, de même, les acteurs publics, dans la conception et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques publiques, prennent le risque que celles-ci échouent ou n'atteignent pas leurs objectifs. Ce risque de l'échec – qui est commun aux actions publique et privée – pèse sur la collectivité et préjudicie à l'intérêt général. Il se double d'un risque personnel pour le décideur public lui-même.

■ ***L'action publique est par essence risquée***

Si de nombreuses activités privées présentent des risques très importants, l'action publique, par sa nature et son étendue, a toujours été perçue comme comportant des risques spécifiques pour la personne du décideur public. Le simple fait d'exercer des fonctions publiques expose le titulaire à de multiples servitudes, pressions ou dangers qui sont liés à l'autorité dont il a la charge. À titre d'illustration, les attaques sous la République romaine pouvaient aller jusqu'à la tentative d'assassinat envers la personne du consul – conjuration de Catilina[30] – ou l'assassinat réussi des tribuns de la plèbe[31]. Le risque de violence touche davantage l'action publique que privée en raison de sa proximité avec le pouvoir.

Le courage du décideur public était une qualité d'autant plus valorisée dans les périodes où la fonction militaire constituait le plus haut degré de l'action publique. Dans la société féodale[32], l'héroïsme du chevalier était le signe de la capacité de personnes autonomes à se mettre en risque au nom d'une mission supérieure. Le succès de l'aventure – quête à la frontière entre réalité et idéal, entre acte privé et public – est pour le chevalier la suite d'une période d'errance à la recherche de risques à la hauteur de sa valeur[33]. Dans cette perspective, une mission au service de la collectivité conserve une dimension chevaleresque dont le résultat peut avoir pour mesure la bravoure de ses décideurs.

La redéfinition de l'art politique à l'époque moderne fait toute sa place aux risques pesant sur le décideur. En dépit de ses efforts pour exercer au mieux le pouvoir, le décideur public reste assujetti à la puissance de l'imprévisible. Si les maximes de Machiavel peuvent constituer pour le prince un outil de maîtrise des risques, il est significatif que le décideur public reste néanmoins soumis aux caprices de la *fortune*. Ainsi, les responsables rétifs au changement « *prospèrent sans doute tant que leur marche s'accorde avec celle de la Fortune ; mais ils se perdent dès que celle-ci vient à changer, faute pour eux de suivre cette déesse aveugle dans ses variations* »[34]. Par opposition au domaine de la réflexion, celui de l'action présente donc une forme de renonciation à l'intelligence globale des événements et à l'espérance de pouvoir anticiper toutes les conséquences pratiques de l'acte

29 Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, EDCE, la Documentation française, 1999.

30 Salluste, *La Conjuration de Catilina*, XXXII.

31 Assassinat des Frères Gracques.

32 Où au demeurant la chevalerie constituait un état social qui dépassait le champ militaire.

33 E. Köhler, *L'Aventure chevaleresque. Idéal et réalité dans le roman courtois [1956]*, trad. française, Gallimard, 1970.

34 N. Machiavel, *Le Prince*, Garnier, 1968, chap. XXV, p. 85.

qui a été posé. En cela, l'action publique s'apparenterait moins à une science de la prévision qu'à un art des moments opportuns.

Au-delà du risque pour le décideur, l'action publique présente un risque en elle-même pour l'intérêt général. L'État, dans les actions qu'il met en œuvre, prend toujours le risque d'échouer, notamment eu égard aux objectifs qu'il se fixe. Qu'il s'agisse de grands projets d'infrastructures ou de travaux publics – par exemple les concessions de chemins de fer, le plan Freycinet de 1878 ou le développement du réseau autoroutier au cours des « Trente Glorieuses » –, d'orientations de politique énergétique – développement de la filière nucléaire civile à partir des années 1950 –, de programmes de développement économique – plan calcul dans les années 1960 et soutien à l'industrie aérospatiale –, de la définition de politiques éducatives ambitieuses et, de manière générale, du déploiement de l'ensemble des politiques publiques, l'État n'a pas craint, à toutes les périodes de son histoire, de prendre certains risques au nom de l'intérêt général.

Pour mener à bien ces actions, les acteurs publics sont normalement conduits à faire primer l'intérêt général sur l'intérêt particulier lorsque ceux-ci s'avèrent difficilement conciliables. La théorisation de la raison d'État à partir du XVI^e^ siècle est, en quelque sorte, une façon de justifier que l'intérêt général puisse conduire à mettre en risque d'autres intérêts. Gabriel Naudé, bibliothécaire de Mazarin, avait défini de tels actes de gouvernement comme « *des actions hardies et extraordinaires que les princes sont contraints d'exécuter aux affaires difficiles et comme désespérées, contre le droit commun, sans garder même aucun ordre ni forme de justice, hasardant l'intérêt du particulier, pour le bien du public* »[35]. Depuis le XIX^e^ siècle, le caractère démocratique et l'encadrement légal de l'action publique excluent que la poursuite de l'intérêt général se fasse à un tel prix. Il n'en demeure pas moins que les acteurs publics, par l'ampleur de leurs moyens – notamment l'emploi de la force publique – peuvent être amenés à faire peser certains risques sur les publics concernés par leurs décisions.

■ *La prise de risque des décideurs publics au nom de la collectivité a été traditionnellement valorisée*

Dès lors que l'on considère que les agents publics ne sont pas simplement des *administrateurs* – dont le rôle se limiterait à l'administration des choses – mais des *décideurs* à part entière – dont les actions participent au gouvernement des hommes –, la capacité à prendre des risques apparaît comme une qualité indispensable à l'exercice de leurs fonctions. Outre l'espérance de la progression professionnelle, il semble que, dans la sphère publique, la valorisation de l'inclination des décideurs publics à prendre des risques passe particulièrement par le souci d'être utile au plus grand nombre et la recherche de la reconnaissance par la collectivité. Cette reconnaissance a pris différentes formes selon les systèmes de valeur de chaque époque.

Dans un registre à la fois épique et militaire, la récompense par excellence des hauts faits accomplis au service de la collectivité a toujours été la gloire qui y est attachée dans l'esprit des contemporains et la mémoire nationale. Si, pour les Grecs, la

35 G. Naudé, *Considérations politiques sur les coups d'État*, 1639.

valorisation de l'audace publique était perçue par le prisme de la magnanimité[36], à l'époque moderne, les grands décideurs semblaient gratifiés de deux ensembles de qualités distincts, incarnés par le couple Alexandre/César : à Alexandre la hardiesse, l'impétuosité et la capacité de saisir l'occasion au vol – en lui Montaigne admirait « *le souverain patron des actes hasardeux* »[37] – ; à César la raison, la prudence et la réflexion – à son exemple, comme le dit Montesquieu, « *(Rome) n'a cessé de faire des entreprises qui exigeaient de la conduite* »[38]. Hardiesse et prudence : tels sont les deux aspects du courage attendu des décideurs publics.

La valorisation traditionnelle des vertus associées au risque dans la sphère publique montre que l'exercice de telles missions implique, face aux dangers, une certaine prise de risque. Celle-ci suscite souvent des effets bénéfiques de second rang sur l'ensemble de la collectivité, notamment par l'exemple qu'elle invite à imiter. L'époque napoléonienne montre à cet égard comment un épisode intense de glorification des actions publiques accomplies participe à l'objectif de cohésion de la population et permet le dépassement des fractures dans les temps de crise. La mise en scène de la gloire par le régime impérial a permis de surmonter les divisions de la période révolutionnaire et « *devait permettre de réunir l'ancien et le nouveau* »[39]. De manière générale, il apparaît que la grandeur de l'action publique se mesure à sa capacité à établir un lien entre continuité et nouveauté.

Dans l'action publique contemporaine, « *l'idéal de la gloire ne nous parle plus, comme un grand discours qui s'est tu* »[40]. Cette évolution s'explique par différents facteurs, notamment par l'individualisation des relations sociales et la prééminence du modèle inévitablement impersonnel des relations économiques. Mais les actes d'héroïsme accomplis par des agents des forces de l'ordre ou des forces militaires – dernièrement le sacrifice du lieutenant-colonel Arnaud Beltrame – restent la marque de cet idéal. Ils manifestent, de manière plus générale, la part irrémédiablement personnelle de chaque décision publique et l'exemplarité qui y est attachée.

■ *Dans une démocratie soucieuse du respect des libertés, les acteurs publics doivent assumer le risque de laisser les individus libres d'en prendre pour eux-mêmes*

Les acteurs publics entretiennent donc un double rapport au risque. D'une part, pour protéger le public, ils prennent des mesures destinées à prévenir des risques ; d'autre part, pour servir au mieux l'intérêt général, ces mêmes acteurs prennent eux-mêmes, dans leurs actions, certains risques qui peuvent avoir des effets sur le public. Dans les deux cas, ces acteurs publics, tantôt protecteurs, tantôt entrepreneurs, doivent articuler leur action avec la liberté dont jouissent les personnes privées,

---

36 R.-A. Gauthier, *Magnanimité : l'idéal de la grandeur dans la philosophie païenne et dans la théologie chrétienne*, Vrin, 1951, p. 36 : « *la magnanimité est donc d'abord la vaillance qui entraîne le guerrier au plus fort de la bataille, elle est aussi l'esprit d'entreprise, l'esprit de conquête, l'appétit insatiable de vaincre et de dominer, de faire éclater sa force et sa supériorité. (…) La magnanimité ainsi conçue est la vertu des hommes d'action, qu'il s'agisse des héros guerriers, comme Achille ou Ajax, ou des hommes d'État comme Alcibiade ou Evagoras, Démosthène ou Philippe* ».

37 M. de Montaigne, *Essais*, T. I, 24, Garnier, 1952.

38 Ch. de Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* [1776], T. II des œuvres complètes, Gallimard, 1964, chap. IX, p. 120.

39 R. Morrissey, *Napoléon et l'héritage de la gloire*, PUF, 2010, p. 2.

40 R. Morrissey, *ibid.*, p. 10.

notamment les citoyens. L'approfondissement des libertés personnelles, d'ordre politique ou économique, dans la période moderne, a permis de reconnaître aux personnes privées une capacité grandissante de prise de risque à leur échelle individuelle. La promotion et la conservation de ces libertés a ainsi conduit, depuis le XIXe siècle, à maintenir un certain niveau de risque dans l'organisation sociale.

Ainsi, paradoxalement, si l'État n'a eu de cesse de renforcer sa protection des citoyens et des entreprises contre les risques, dans le même temps, conformément au principe de responsabilité individuelle, il a été amené à laisser les individus libres d'en prendre davantage. Les acteurs publics sont donc dans une situation complexe où ils doivent tendre de façon concomitante vers un double équilibre. Dans leurs fonctions de protection, ils doivent à la fois prévenir les risques mais laisser les individus libres d'en prendre. Dans leurs fonctions d'entrepreneurs au service de l'intérêt général, ils doivent à la fois assurer une gestion prudente de leurs propres risques et déployer une action audacieuse.

1.1.2. Les acteurs publics sont confrontés à différents types de risques

L'évolution historique qu'on vient de retracer met en évidence la pluralité des sens du risque qui semble se rapporter tantôt à des faits dangereux existant objectivement dans la société, tantôt à un élément qui accompagne naturellement toute décision. Pour mieux identifier les moyens de le prendre en compte, il est donc essentiel de définir plus précisément la notion de risque dans l'action publique, notamment en la distinguant d'autres notions, proches mais distinctes (dangers, incertitudes). Il s'en dégage une différence fondamentale entre les risques exogènes à l'action publique, qui a pour mission de protéger la population, et les risques endogènes qu'elle engendre elle-même.

1.1.2.1. Le risque correspond à un événement incertain mais prévisible, dont le résultat peut être négatif ou positif

■ ***Les différentes acceptions du mot « risque »***

Du point de vue étymologique, l'origine du risque est elle-même incertaine. Deux acceptions traditionnelles s'opposent[41]. Dans un premier sens, le mot serait emprunté à l'ancien italien *risco* qui pourrait être rapproché du latin *resecare* – « enlever en coupant ». De là serait issu le sens d'« écueil », puis « le risque que court une marchandise en mer ». Cette étymologie est particulièrement appréciée des juristes et notamment par le droit des assurances maritimes. Elle insiste sur la proximité entre l'idée de risque et celle de danger. Celui-ci, comme le péril, désigne une circonstance dont la réalisation est quasi certaine et rapprochée dans le temps – le péril est souvent *imminent*[42] – et dont il ne saurait sortir qu'un mal s'il advient.

Dans un second sens, le risque pourrait venir du verbe latin *rixare* – « se quereller » – qui a donné en français contemporain la « rixe ». Cette acception tirée du champ militaire a acquis une connotation positive, notamment par son origine du

41 Thèse soutenue par Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, 2013, p. 7.

42 L'article 1er de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence prévoit que cet état peut être déclaré notamment « *en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* ».

grec byzantin *rizikon* qui désigne « la solde gagnée par chance par un soldat de fortune », c'est-à-dire par « l'homme qui s'est élevé des derniers rangs de l'armée à une haute position »[43]. Le risque emprunte sans doute encore à l'arabe *rizq* qui signifie « la ration journalière ». Dans ce sens, le risque est la récompense que l'on obtient au prix des efforts et des combats.

Ces deux tendances sémantiques se réunissent néanmoins autour de l'idée de partage : qu'il s'agisse d'un rocher non prévu qui fend la coque d'un bateau ou de l'objet même que l'on cherche à obtenir par la lutte – parfois par *goût du risque* –, le risque est un élément qui se répartit. Elles illustrent aussi le fait que le risque est aussi bien un danger à éviter qu'une opportunité à saisir.

■ ***Risque, incertitude et analyse du bilan « avantages/coûts »***

L'analyse économique, en raison de l'emploi du terme « risque » dans la sphère assurantielle et du développement du capitalisme financier, a contribué à préciser la signification du terme la plus courante dans nos sociétés. Dans son ouvrage *Risk, Uncertainty and Profit*, l'économiste Franck Knight[44] introduit une opposition structurelle entre risque et incertitude qui pose les bases de l'analyse de risques modernes. Plus précisément, il introduit une distinction entre deux types d'incertitudes : « l'incertitude mesurable » – qui est le risque – et « l'incertitude non mesurable » – l'incertitude *stricto sensu*. Seul le risque peut faire l'objet d'un calcul qui, par cette opération, le transforme en coût. Le recours aux probabilités permet de rendre ce risque prévisible.

Dans certains domaines, le calcul économique peut constituer un instrument essentiel d'aide à la décision. Dans la sphère publique, il a pour ambition d'objectiver l'utilité sociale des dépenses publiques en ramenant l'ensemble des effets non marchands d'une décision ou d'un investissement à une même unité de mesure. Il fournit des éléments permettant de débattre de l'allocation optimale des ressources dont dispose la collectivité afin de maximiser ainsi le bien-être social[45].

De telles analyses « avantages/coûts » sont transposables à de nombreuses matières. Elles nécessitent néanmoins une évaluation préalable, des avantages attendus, des coûts évités[46] ou exposés, et un certain temps d'élaboration qui les rendent rares en pratique. La perception du niveau de risque acceptable est donc essentiellement implicite.

Il ressort de ces éléments que la prévisibilité constitue l'essence même du risque. Mais il ne faut pas perdre de vue que celui-ci n'en demeure pas moins incertain[47]. Si, par le calcul, le risque devenait certain, il cesserait d'exister et se transformerait

43 Littré, v. « soldat ».

44 F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, 1921, Beard Books, 2002.

45 Rapport du Centre d'analyse stratégique, *Le calcul du risque dans les investissements publics*, n° 36, mission présidée par Ch. Gollier, 2011. Les années 1990 et 2000 ont vu se multiplier les manuels de référence en la matière, notamment : OCDE, *Analyse coûts-bénéfices et environnement – Développements récents*, juin 2007 ; Commission européenne, *Guide de l'analyse coûts-avantages des projets d'investissement*, 2003 ; Royaume-Uni, HM Treasury, *The Green Book – Appraisal and Evaluation in Central Government*, 1997.

46 Voir le rapport Stern sur l'économie du changement climatique, 30 octobre 2006.

47 Thèse soutenue par Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, 2013, p. 8.

en danger. La distinction entre risque et incertitude conduit Knight et John Maynard Keynes à relever que l'incertitude requiert des décideurs une capacité non pas de calcul, mais de jugement assise sur l'expérience, l'intuition et la clairvoyance. Le véritable entrepreneur se distingue par sa capacité à faire les bons choix en situation d'incertitude.

■ *Expertise scientifique et analyse du bilan « bénéfice/risque »*

En dehors de l'économie, dans les matières scientifiques, l'analyse du risque consiste non pas à calculer des coûts, mais, plus fondamentalement, à déterminer ce qui est dangereux ou non, par exemple pour la santé humaine ou pour l'environnement. L'expertise scientifique peut être définie comme la production de connaissances qui vont être utilisées en dehors du monde de la recherche, dans des contextes politiques, judiciaires ou industriels[48]. Sa logique est différente de la science académique, à la fois par sa temporalité – plus courte – et par sa finalité – orientée vers la décision[49]. Si elle puise ses racines dans le positivisme de la fin du XIX^e^ siècle, sa structuration et sa systématisation comme technique de pouvoir[50] apparaît à partir des années 1960 en particulier aux États-Unis. L'institutionnalisation de l'expertise par la création d'agences, la proposition de nouveaux critères – *science based evaluation*[51] – et la standardisation de nouvelles normes procédurales ont fondé la crédibilité de l'expertise moderne[52]. La mise en avant des principes de compétence, indépendance et transparence, ainsi que la promotion de règles procédurales – séparation entre la rédaction des questions, l'évaluation, la gestion et la définition de ce qui est rendu public ; interdisciplinarité des comités d'expertise ; principe du contradictoire ; collégialité – ont conduit à attribuer de plus en plus systématiquement l'évaluation des risques à l'expertise scientifique.

Le recours aux sciences conduit à une meilleure objectivisation de l'analyse du risque. Des caractérisations plus précises du risque par rapport au seul élément d'incertitude permettent de mieux apprécier les effets de chaque risque et d'indiquer aux décideurs les meilleurs réponses et modes de gestion à mettre en place. Un principe de base est qu'un risque connu ou avéré doit donner lieu à des mesures de prévention. Au-delà de ce cas relativement simple où le risque s'apparente presque à un danger objectif, il existe une multitude de situations où l'incertitude apparaît selon des degrés et des modalités divers. Pour mieux qualifier cette incertitude, il a été proposé d'introduire de nouveaux concepts. Par exemple : la plausibilité, la réductibilité, l'observabilité et la réversibilité du phénomène[53]. La plausibilité s'interroge sur l'existence même du phénomène par opposition à la probabilité qui part du principe que le phénomène existe et se borne à mesurer son occurrence. La réductibilité traduit la capacité à réduire l'incertitude concernant un phénomène, notamment par des recherches ciblées et l'acquisition de nouvelles

48 M., L. et G. Arnold. « Entre recherche académique et expertise scientifique : des mondes de chercheurs », *Hermès, La Revue*, vol. 64, n° 3, 2012, pp. 9-13.

49 P. Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Inra éditions, 1996.

50 P.-B. Joly, « La fabrique de l'expertise scientifique : contribution des STS », *Hermès, La Revue*, vol. 64, n° 3, 2012, pp. 22-28.

51 « Évaluation scientifique » par opposition à des modes d'évaluation jugés en dehors de la science.

52 S. Jasanoff, *The fifth branch : science advisers as policymakers*, Cambridge, MA : Harvard University Press, 1990.

53 B. Chevassus-au-Louis, *L'analyse des risques. L'expert, le décideur et le citoyen*, Quae, 2007.

données. L'observabilité consiste à mettre en place un dispositif de vigilance autour d'un phénomène incertain lorsqu'il n'est pas possible de réduire cette incertitude. Le but est d'observer dans le temps et avec des capteurs adéquats un phénomène qui reste encore incompréhensible en l'état des connaissances scientifiques. La réversibilité du phénomène amène à analyser, en fonction du moment où sera prise la décision, si l'efficacité de celle-ci est stable ou susceptible d'évoluer.

Dans certains domaines, la distinction entre les éléments économiques et les éléments scientifiques est nettement posée. En matière de santé, il convient ainsi de distinguer avec rigueur les processus d'analyse dits « bénéfices/risques » qui sont inspirés par une préoccupation exclusive de santé publique, des processus « avantages/coûts » qui ont trait à la prise en charge financière. L'autorisation thérapeutique (techniques chirurgicales, médicaments, etc.) doit faire l'objet d'une analyse des bénéfices et des risques qui s'attachent à sa pratique et elle ne peut être autorisée ou admise que si les bénéfices l'emportent sur les risques au regard des seules données d'efficacité thérapeutique et de sécurité sanitaire. Vient ensuite l'analyse « avantages/coûts » indispensable pour apprécier si la thérapeutique doit être prise en charge par la sécurité sociale. La distinction est essentielle car une pratique médicale ou un produit de santé dont le rapport « bénéfices/risques » justifie son utilisation ou sa mise à disposition peuvent ne pas être remboursés. Mais si ce rapport devient défavorable, la seule décision de déremboursement n'est pas adaptée puisqu'elle laisse subsister la possibilité d'utiliser cette thérapeutique. Dans ce cas, une décision de police sanitaire – interdiction ou retrait d'autorisation – s'impose.

Du point de vue du public, d'autres distinctions permettent de mieux appréhender le risque. Ainsi le fait que le risque soit subi ou choisi par celui qui en supporte les effets entraîne des conséquences importantes sur son acceptabilité[54]. De plus, les situations où la personne qui prend le risque et celles qui sont concernées par ses effets sont distinctes doivent être traitées différemment. Une analyse « bénéfices/risques » se prête surtout au cas où un produit est prescrit à une personne pour un bénéfice attendu. C'est par exemple le cas du risque pris, dans certains cas, après une information obligatoire du médecin sur le risque encouru d'un traitement médical (médicament, opération chirurgicale, etc.), même s'il faut souligner que le choix d'y recourir est alors une décision privée. Lorsque le risque peut concerner d'autres personnes que le bénéficiaire, ses effets s'avèrent souvent de nature variée – par exemple, le bénéfice que représentent les produits phytosanitaires pour les agriculteurs et les risques de dégradation pour l'environnement, voire les risques sanitaires pour les consommateurs. Se pose alors une question de commensurabilité et de comparabilité d'effets distincts par leur nature.

Face à ces risques transversaux, l'expertise scientifique est limitée par son champ d'action puisque chaque évaluation se fait au cas par cas et pour répondre à une question donnée[55]. Ces risques, qualifiés couramment de majeurs, recouvrent des risques systémiques souvent associés aux risques naturels, technologiques ou

54 H. Flanquart, *Des risques et des hommes*, PUF, 2016 : transformation relevée par exemple pour les risques au travail pour les ouvriers de l'industrie du nucléaire.

55 B. Chevassus-au-Louis, *ibid.,* p. 15.

nucléaires[56]. Cette complexité rend délicate l'appréhension de ces menaces dans le temps et dans l'espace (cf. 1.2.1.1). Une approche transversale, multi-aléas et souvent transfrontalière de la gestion de ces risques est largement recommandée[57].

■ ***La connaissance du risque présenté par une action publique, loin de l'inhiber, permet de la mener en toute connaissance de cause***

Les analyses de risques restent néanmoins limitées, la prise en compte effective du risque dans la décision publique ne pouvant se borner à l'emploi de techniques de calcul, aussi sophistiquées soient-elles. Face à des décisions complexes entraînant des conséquences dans des domaines et des secteurs de nature différente, les approches scientifiques sectorielles montrent leur limite. L'approche économique reste quant à elle tributaire d'hypothèses, par construction elles-mêmes incertaines, pour surmonter la difficulté déjà évoquée de comparabilité des effets entre eux.

Ces effets complexes et difficilement prévisibles ne doivent pas conduire à l'inhibition de la décision publique. La seule existence d'un risque, c'est-à-dire d'une incertitude – même mesurable –, ne doit jamais empêcher l'action. Il est en effet de l'essence de l'action publique de prendre globalement en considération des intérêts généraux différents et parfois contradictoires. Par exemple : le maintien de l'ordre et la sauvegarde des libertés publiques ; la promotion de la liberté d'entreprendre et la préservation de l'environnement ; la conservation du patrimoine urbain et l'encouragement à la construction. L'administration a donc pour responsabilité de concilier certains objectifs entre eux, tant au niveau général et national que pour des situations particulières et locales. Dans la mise en œuvre d'une politique publique, les décideurs ne doivent pas perdre de vue que les risques auxquels ils sont confrontés ne sont que des éléments accessoires par rapport à la mission qu'ils contribuent à réaliser ; ceux-là n'existent que par celle-ci. L'obsession du risque ou de l'erreur conduirait à une inhibition de l'action préjudiciable à l'intérêt général. On observe d'ailleurs que, dans certains cas particulièrement controversés – la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, l'instauration d'unités de vie familiale (UVF) dans les prisons, l'interdiction de fumer dans les bars et les restaurants ou encore la fixation à onze du nombre de vaccins obligatoires[58] –, le courage dans la décision publique, qui a fait prévaloir l'intérêt général sur certaines oppositions, a débouché sur une absence de mise en cause pénale.

1.1.2.2. Les risques exogènes à l'action publique : des menaces objectives dont il faut protéger la population

Pour l'administration, il y a lieu de distinguer les risques générés par son action de ceux qui existent en dehors de celle-ci.

56 C. Grislain-Letrémy, R. Lahidji et Ph. Mongin, rapport n° 105 du Conseil d'analyse économique, *Les risques majeurs et l'action publique*, 31 décembre 2012.

57 Recommandation du Conseil de l'OCDE du 6 mai 2014 sur la gouvernance des risques majeurs ; OCDE, *Rapport sur la mise en œuvre de la recommandation du conseil sur la gouvernance des risques majeurs*, 4 décembre 2017.

58 L'article 49 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2018 a été voté après l'organisation d'une conférence citoyenne en 2016, puis de deux conférences de consensus, l'une de professionnels médicaux et soignants, l'autre issue de la société civile, en 2017.

Les risques présentés ici comme exogènes à l'action publique sont ceux qui existent, dans un premier temps en tout cas, indépendamment des décisions des acteurs publics. Il s'agit des différents risques pesant sur la population et sur les individus dans l'ensemble des domaines de la vie collective en raison d'activités « dangereuses »: risques sanitaires, environnementaux, alimentaires, naturels ou industriels, professionnels, financiers, etc. L'importance respective de ces risques évolue dans le temps en fonction de l'attention qui y est accordée dans le débat public et de l'évolution de la sensibilité et de la culture de la population en la matière.

Dans cette acception, il est significatif que les risques soient le plus souvent déclinés au pluriel et sous la forme d'un substantif[59]. La population fait face à *des* risques objectifs qui existent indépendamment de toute décision et que les acteurs publics s'efforcent de maîtriser. La dimension négative des risques – la perte, le danger – ressort davantage que la positive lorsqu'il est question de ces risques exogènes.

Du point de vue sociologique, les risques exogènes semblent présents dans la société comme des faits sociaux, ce qui peut aboutir à les assimiler à des dangers sans cause. Le droit de la responsabilité reprend cette dimension en mettant en avant le concept de risque par opposition à celui de faute ; cette logique peut conduire à la primauté de l'exigence de réparation sur la recherche de la responsabilité : « *Le risque est malheureux et il faut le réparer* » résume Thomas Pez à propos de cette orientation[60].

En réalité, comme évoqué *supra* (cf. 1.1.1.1), la sociologie du risque tend surtout à montrer comment les acteurs publics ont étendu leur champ de compétence en procédant à des opérations de conversion d'objets (une installation, une substance, une activité, etc.) initialement porteurs d'incertitudes (quant à leurs causes, occurrence ou effets) en des phénomènes calculables. Cette opération peut faire appel à une large gamme d'outils de mesure et de représentation (graphiques, tableaux statistiques, cartes, instruments de mesure, etc.), souvent entre les mains d'experts scientifiques ou d'ingénieurs. Elle a pour effet de faire passer l'objet de l'état d'incertitude à l'état de risque – autrement dit un phénomène dont on peut maîtriser dorénavant certains facteurs explicatifs, anticiper la probabilité d'occurrence, et établir les effets. François Ewald propose le concept de « mise en risque » pour décrire ce processus et précise qu'il peut s'appliquer à n'importe quel objet. Durant plus d'un siècle, il a été introduit dans de nombreux domaines, concourant ainsi à ce que leur définition passe de la sphère privée ou marchande à la sphère publique[61]. Plus récemment, on assiste à un phénomène inverse, la mise en risque accompagnant un transfert de ces risques de l'État vers les individus ou les acteurs privés – notamment sous la forme d'assurances privées[62].

Il convient d'insister sur le fait que cette promotion par l'État de la gestion du risque a aussi constitué un instrument favorable au développement des activités industrielles et plus largement au déploiement du capitalisme. En « mettant en risque » les installations classées pour la protection de l'environnement,

59 Sur la distinction entre risques au pluriel et risque au singulier : F. Ewald et D. Kessler, « Risque et démocratie », *Le Débat*, vol. 109, n° 2, 2000, p. 55.

60 Thèse soutenue par Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, 2013, p. 7.

61 O. Borraz, *Les politiques du risque*, Presses de Sciences Po, 2008.

62 J. S. Hacker, *The great risk shift: The new economic insecurity and the decline of the American drame*, Oxford University press, 2008.

les accidents du travail ou les produits toxiques utilisés dans l'industrie, par exemple, l'État entendait non seulement protéger l'environnement et la santé des populations et des travailleurs, mais également offrir un cadre sécurisant aux acteurs industriels qui pourraient dorénavant, moyennant leur mise en conformité avec la réglementation, poursuivre leurs activités dangereuses sans craindre pour leur pérennité ou leur stabilité financière[63]. Le risque constitue par conséquent un instrument de gouvernement qui repose toujours, d'une manière ou d'une autre, sur une définition du « risque acceptable ». Si l'État peut chercher à supprimer certains risques – par exemple des maladies par le biais de la vaccination –, et à prémunir le pays contre d'autres – notamment les risques d'origine naturelle à l'aide d'infrastructures de protection –, il tend aussi à permettre à des activités dangereuses de se poursuivre.

La définition du risque acceptable est donc toujours contestable : l'État peut être accusé de ne pas agir suffisamment pour protéger la santé des travailleurs ou des populations ; ou au contraire de brider la compétitivité des entreprises. De telles contestations ont toujours existé. Elles connaissent cependant un rebond marqué à partir des décennies 1960-70 dans les pays développés, d'abord au sujet de l'énergie nucléaire et des produits chimiques utilisés en agriculture et dans l'industrie, puis plus récemment des nouvelles technologies (OGM, nanotechnologies, radiofréquences). Loin de remettre en cause le rôle de l'État en matière de sécurité, ces critiques ont au contraire plutôt contribué à le renforcer, puisque c'est toujours à lui que l'on s'adresse en priorité pour contrôler ces risques.

1.1.2.3. Les risques endogènes à l'action publique : des risques causés par l'action publique elle-même

Au-delà des risques exogènes à l'action publique, il existe aussi des risques qui tirent leur origine de cette action. La mise en œuvre de l'ensemble des politiques publiques implique des décisions qui sont toutes soumises à un risque de défaillance. L'administration, comme les acteurs privés, fait face au risque de ne pas atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés et de mal remplir les missions d'intérêt général dont elle a la charge.

Le risque endogène à l'action publique peut prendre différentes formes. Il peut d'abord se manifester par l'illégalité des décisions et leur censure par les juridictions compétentes. Il se manifeste aussi de façon budgétaire et financière par l'engagement non justifié des deniers publics. Pour les responsables politiques ou les agents, ce risque est appréhendé au travers de ses conséquences sur leur carrière et leur réputation. Plus fondamentalement, il peut se traduire par un échec, faute de pouvoir atteindre les objectifs fixés par une politique publique. Et même lorsque l'objectif poursuivi par une mesure est atteint, elle peut avoir engendré des risques « collatéraux », que l'on n'avait pas anticipés et qui ont un effet négatif parfois important : ainsi, en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE), la loi initialement votée[64], ayant pour but

63 F. Ewald, « Le gouvernement de l'industrie », *L'État providence*, Grasset, 1985 ; J.-B. Fressoz, *L'Apocalypse joyeuse. Une histoire du risque technologique*, Le Seuil, 2012 ; J.-N. Jouzel, *Des toxiques invisibles. Sociologie d'une affaire sanitaire oubliée*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2012.

64 Article 225 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

la responsabilisation des acteurs économiques, a dû être modifiée pour prévoir une gradation des obligations selon la taille des entreprises[65] et remédier ainsi à la désorganisation causée dans les plus petites d'entre elles. À l'échelle territoriale, notamment pour les élus locaux, le premier risque réside ainsi souvent dans l'échec d'un projet phare porté par la collectivité.

Un autre risque endogène à l'action publique pèse non pas sur la puissance publique ou l'intérêt général mais sur les destinataires de son action. Par ses moyens mêmes, notamment ceux dont il a l'emploi exclusif – le privilège du préalable, la violence légale et les procédures d'expropriation pour cause d'utilité publique –, l'État notamment peut faire peser un risque sur les citoyens et générer des réactions parfois violentes ou des dommages. S'il doit se montrer ambitieux pour éviter le risque de l'échec, il doit aussi savoir encadrer son action en l'assortissant, quand il le faut, des garanties nécessaires au respect des droits et des libertés.

Le risque endogène apparaît aussi plus souvent sous la forme verbale : « risquer quelque chose », « prendre un risque », c'est-à-dire faire un pari pour atteindre un objectif de politique publique. Cette dimension subjective du risque renvoie à l'idée de choix : toute décision publique véritable implique la détermination d'une orientation et donc le renoncement à d'autres possibilités. Elle nécessite l'engagement dans le temps de la personne qui a pris la décision pour qu'elle se reconnaisse par la suite dans son acte et en assume la responsabilité.

Il est vrai que la décision administrative est rarement isolée et s'insère le plus souvent dans une chaîne d'actes dont elle est la résultante plus ou moins contrainte. Elle s'inscrit ainsi souvent dans un contexte de choix d'autorités sectorielles, européennes, nationales ou locales ayant été confrontées à des risques analogues, ou dans un processus où, d'autres autorités étant déjà intervenues à diverses étapes, le sens de la décision peut être contraint. Elle est aussi largement conditionnée par d'autres décisions structurelles antérieures.

Mais croire que la décision publique répond à un mécanisme d'automaticité conduit à nier les capacités d'action d'un pays et de ses fonctionnaires. Comme tous les autres, les décideurs publics ont à faire des choix qui ne sont pas prédéterminés par des seuls paramètres extérieurs. Même si la finalité de la mission et le caractère public de la fonction dépassent l'agent et que la responsabilité juridique du service peut le protéger, sa décision l'engage personnellement vis-à-vis de son environnement : ses collègues, ses partenaires et les usagers du service public concerné. Ainsi, tant pour les acteurs publics que privés, risque et liberté ont partie liée. Comme le rappelle la philosophe et psychanalyste Anne Dufourmantelle, « *La liberté est sans doute la plus banale des acceptions du risque* »[66].

Une action authentique introduit une rupture dans le temps et crée une division entre la situation passée et l'avenir. Si l'État, par son existence, incarne un principe de continuité, par son action il ouvre à la nouveauté. L'action publique ne saurait donc être une répétition d'actions antérieures par réflexe mimétique.

65 Article 12 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

66 A. Dufourmantelle, *Éloge du risque,* Payot, 2011.

Dans ce qu'il entreprend, l'État sait prendre un risque lorsqu'il parvient à saisir l'instant opportun pour agir. Au moment de prendre une orientation, les marges d'incertitudes résiduelles rendent toujours le succès incertain et l'échec possible. Seule la décision et ses effets permettront de déterminer ce qui adviendra.

1.1.3. La réponse publique face au risque repose traditionnellement sur la prévention, la gestion et la réparation

1.1.3.1. Les politiques de prévention et de gestion du risque

■ ***La finalité de la police administrative***

Face aux risques dits exogènes (cf. 1.1.2.2), la réponse traditionnelle des pouvoirs publics consiste à prendre des mesures de prévention, généralement dénommées mesures de « gestion du risque ». Ces mesures sont prises dans le cadre de la police administrative générale – dont l'objet même est de prévenir les troubles à « l'ordre public »[67] – ou au titre de polices spéciales instituées dans certains domaines. Elles prennent la forme de législations, de réglementations, de décisions individuelles et de contrôles. Ces contrôles peuvent conduire au prononcé de sanctions.

Un exemple de police spéciale : la planification en matière de risques majeurs environnementaux

En matière environnementale, la prévention des risques majeurs repose, pour une large part, sur des instruments de planification. Ainsi, les plans de prévention des risques naturels (PPRN)[68], adoptés par le préfet, annexés au plan local d'urbanisme (PLU) et valant servitude d'utilité publique, définissent des zones, directement ou indirectement exposées au risque, où sont interdites ou limitées les constructions et certaines activités économiques. Les plans de prévention des risques technologiques (PPRT)[69] peuvent prévoir, en outre, dans les zones plus exposées aux risques d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE), elles-mêmes soumises à une réglementation propre, des mesures d'expropriation ou de délaissement.

Les citoyens ont un droit à une information sur les risques majeurs auxquels ils sont exposés dans certaines zones du territoire et les mesures de prévention qui les concernent[70]. Le dossier départemental sur les risques majeurs (DDRM), adopté par le préfet, et le document d'information communal sur les risques majeurs (DICRIM), établi par le maire, y pourvoient. Diverses instances de concertation ont également été mises en place.

67 Art. L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques (...)* » ; s'y ajoutent la moralité publique (CE, Sect., 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutetia »*, n° 36385) et la dignité humaine (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727).

68 Art. L. 562-1 et suivants du code de l'environnement.

69 Art. L. 515-15 et suivants du code de l'environnement.

70 Art. L. 125-2 du code de l'environnement.

La conception d'un régime de police administrative suppose une évaluation préalable du risque, que l'administration met en balance, comme il a été dit plus haut (cf. 1.1.2.1), avec le bénéfice recherché.

Les prescriptions qui s'en déduisent, obligations ou interdictions, qui sont plus ou moins contraignantes selon le niveau du risque, sont susceptibles de porter atteinte aux libertés. C'est pourquoi elles doivent être « *nécessaires, adaptées et proportionnées* »[71] à l'objectif poursuivi.

La légalité d'une mesure de police s'apprécie, en principe, au regard de la situation de fait existant à la date à laquelle elle a été prise, éclairée au besoin par des éléments d'information connus ultérieurement. Toutefois, dans la période récente, il a été jugé que « *lorsqu'il ressort d'éléments sérieux portés à sa connaissance qu'il existe un danger à la fois grave et imminent exigeant une intervention urgente qui ne peut être différée, l'autorité de police ne commet pas d'illégalité en prenant les mesures qui paraissent nécessaires au vu des informations dont elle dispose à la date de sa décision [et] la circonstance que ces mesures se révèlent ensuite inutiles est sans incidence sur leur légalité mais entraîne l'obligation de les abroger ou de les adapter* »[72].

Ainsi, « *lorsqu'il est impératif de décider et que la faculté de rechercher davantage d'informations sur les faits est insusceptible d'être exercée* »[73], n'entrent en ligne de compte, de façon subjective, que les éléments dont avait connaissance l'administration.

Certains commentateurs ont relevé que cette solution prenait en compte « *une certaine dose d'incertitude quant à la réalité du danger (…) et [qu']une forme de «précaution» se trouve [ainsi] introduite, l'autorité de police pouvant intervenir pour faire face à un risque incertain, du moins dans son esprit* »[74]. Il s'agit surtout d'une approche réaliste des difficultés de l'administration dans la prise de décision face au risque, même si on a pu regretter que « *cette solution, qui revient à ne tirer aucune conséquence juridique d'une décision nécessaire en apparence mais inutile en réalité, résulte d'une prise en compte prioritaire des contraintes de l'action publique, renvoyant au second plan celle des conséquences sur l'activité privée des choix collectifs, dans une société rétive à tout risque* »[75].

■ ***L'organisation de la police administrative***

Traditionnellement, la police administrative générale, dont l'objet est le maintien de l'ordre public, est exercée, sur le plan national, par le Premier ministre[76] et, localement, par le préfet et par le maire. Les attributions du préfet en matière de

71 CE, 9 décembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française (AGRIF)*, n° 376107.

72 CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, n° 296458, concl. C. de Salins.

73 L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Perquisitions : le Conseil d'État fouille dans ses classiques », *AJDA*, 2016, p. 1635.

74 C. Broyelle, « Illégalité et faute », *RDP*, 2010, p. 807.

75 S.-J. Liéber et D. Botteghi, « L'autorité de justice face à la prévention des risques », *AJDA,* 2009, p. 1824.

76 CE, 8 août 1919, *Labonne*, n° 56377.

police générale, qu'il exerce au nom de l'État, sont étendues – en particulier dans les domaines de la sécurité publique et de la sécurité civile. Les maires exercent un pouvoir de police générale, au nom de leur commune. Dans certains domaines particuliers, comme par exemple en matière d'établissements recevant du public (ERP)[77], où interviennent les commissions départementales de sécurité, ont été instituées des polices spéciales, qui peuvent cohabiter avec la police générale[78].

Sur le plan institutionnel, les politiques publiques de prévention des risques sont de plus en plus souvent mises en œuvre par des agences, disposant d'une autonomie vis-à-vis du pouvoir politique et du pouvoir économique et incarnant une expertise renforcée, généralement scientifique (cf. 1.1.2.1)[79]. Les administrations centrales de l'État, qui ont un rôle stratégique de conception des politiques publiques et de pilotage, veillent également à coordonner l'intervention de ces agences.

L'organisation de la prévention du risque dans le domaine de la santé

Les agences mises en place dans le domaine de la santé s'organisent aujourd'hui en trois pôles, ainsi composés :

- en matière de santé publique : l'Agence nationale de santé publique (ANSP), dénommée Santé publique France, issue de la fusion entre l'Institut national de veille sanitaire (INVS), l'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS) et l'Institut national de l'éducation et la prévention en santé (INPES)[80] ;

- en matière d'effets, sur la santé, de l'alimentation, de l'environnement et du travail : l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) et l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) ;

- en matière de produits et de pratiques médicales : l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM)[81], l'Agence de biomédecine (ABM), compétente pour les greffes et l'utilisation des cellules et des tissus et la Haute autorité de santé (HAS), autorité publique indépendante (API), compétente en matière d'articulation entre stratégies de soins et de financement de la protection sociale, par l'évaluation du service médical rendu (SMR) par les médicaments.

S'ajoutent à cet ensemble, l'Institut national du cancer (INCA), créé sous la forme d'un groupement d'intérêt public (GIP) dans le cadre du « plan cancer », et l'Établissement français du sang (EFS), qui est un opérateur chargé des transfusions sanguines et de la production de plasma, ainsi que le Haut conseil de la santé publique (HCSP).

(...)

77 Art. R. 123-27 du code de la construction et de l'habitation ; CE, 9 mars 1979, *Pinçon*, n° 07951.
78 CE, 5 avril 1996, *SARL Le Club olympique et Marcu*, n° 147903.
79 Conseil d'État, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, la Documentation française, 2012.
80 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.
81 Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

(...)

Au niveau de l'administration centrale, c'est la direction générale de la santé (DGS) qui est principalement compétente, en lien, sur certains sujets, avec la direction générale de l'offre de soin (DGOS) et la direction générale de la cohésion sociale (DGCS). Outre ses missions de conception et de pilotage, la DGS est aussi devenue, après l'épisode de la canicule de 2003, le « point focal national », où arrivent toutes les alertes sanitaires. Ce rôle s'est renforcé dans le cadre du règlement sanitaire international (RSI) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), à la suite, notamment, de la crise du virus Ebola. Il implique une étroite coordination avec le centre interministériel de crise du ministère de l'intérieur (CIC).

Surtout, la DGS anime et coordonne le réseau des agences du secteur, afin d'assurer l'unité de la réponse sanitaire, qui avait pu manquer par le passé. Ce travail, qui permet également d'enrichir l'exercice de la tutelle par le partage d'expérience, s'effectue dans deux enceintes :

- le comité d'animation du système d'agences (CASA)[82], qui se réunit tous les mois, avec également comme but de rapprocher l'expertise et la recherche, en lien avec l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) ;

- la réunion de sécurité sanitaire, qui est hebdomadaire et à laquelle participent également les autres administrations centrales : la direction générale de la prévention des risques (DGPR) du ministère chargé de l'environnement, la direction générale de l'alimentation (DGAL) du ministère chargé de l'agriculture et la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) du ministère chargé de l'économie.

Une particularité de l'organisation choisie est que si tous ces organismes sont appelés à remplir un rôle d'expertise en leur domaine, leurs attributions sont variées : certains agissent par les conseils et recommandations qu'ils adressent aux pouvoirs publics, d'autres comme opérateurs dans un secteur et certains, enfin, se sont vu confier un véritable pouvoir de police en ce qu'ils autorisent ou interdisent des produits ou activités – ce qui est le cas, par exemple, de l'ANSM pour les médicaments.

Le niveau déconcentré repose quant à lui sur les agences régionales de santé (ARS).

Comme on a pu l'écrire : « *Si une rationalisation du système des agences de sécurité sanitaire a été accomplie, il ne fait guère de doute que le processus est appelé à se poursuivre* »[83]. Sans aller jusqu'à la création, un temps envisagée, d'une agence compétente à la fois en matière de santé, d'alimentation et d'environnement, sur le modèle de la *Food and Drug Administration* (FDA) américaine, une plus grande intégration des structures existantes pourrait être recherchée, même si le bénéfice obtenu serait sans doute assez faible. C'est plutôt du côté du processus décisionnel que les enjeux se situent.

82 Ordonnance n° 2016-967 du 15 juillet 2016 relative à la coordination du système d'agences sanitaires nationales, à la sécurité sanitaire et aux accidents médicaux.

83 D. Tabuteau, « Organisation sanitaire, politiques de santé », *Journal de droit de la santé et de l'as-*

Dans le domaine de l'environnement, l'action des administrations centrales de l'État, ainsi que celle de leurs services déconcentrés, notamment l'inspection des installations classées pour la protection de l'environnement, celle des instances nationales et régionales d'évaluation environnementale et enfin celle de l'ANSES, se conjuguent.

En matière d'alimentation, l'évaluation scientifique des risques est conduite par l'ANSES. L'élaboration des politiques et de la réglementation ainsi que les contrôles incombent, d'une part, à la DGAL, qui est garante des conditions sanitaires de production et de mise sur le marché des produits et responsable de la politique de l'alimentation, d'autre part, à la DGCCRF, qui exerce une mission de protection des consommateurs et de surveillance générale de la loyauté et de la sécurité des produits, et, enfin, à la DGS, qui a une responsabilité d'ensemble en matière de santé publique et coordonne à ce titre le suivi des intoxications alimentaires. Le ministère de la santé est en outre en charge de la réglementation et des contrôles en matière d'eau potable.

En matière nucléaire, on trouve une autorité administrative indépendante (AAI), l'ASN[84]. Indépendante de l'exécutif gouvernemental et des administrations centrales compétentes (la direction générale de l'environnement et du climat – DGEC –, la DGPR et la DGS), ainsi que des opérateurs de l'écosystème nucléaire, l'ASN s'appuie, pour l'exercice de ses missions de réglementation, de contrôle, de sanction et d'information du public, sur l'expertise de l'IRSN, qui est un établissement public à caractère industriel et commercial.

Le risque professionnel relève de la direction générale du travail (DGT) et de l'inspection du travail, de la direction de la sécurité sociale (DSS), ainsi que de l'ANSES. Dans ce domaine, la coordination entre les administrations centrales (DGT, DGS, DGAL, DGPR et DGCCRF) se fait dans le cadre de la tutelle exercée conjointement sur l'ANSES. Elle passe aussi par les travaux du conseil d'orientation des conditions de travail[85], où siègent notamment les administrations centrales et agences compétentes.

Dans le secteur financier – banques, assurances et marchés financiers –, outre les administrations centrales de l'État et la Banque de France, c'est le modèle des AAI qui domine, avec l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et l'Autorité des marchés financiers (AMF), afin d'assurer la « sécurité financière ».

Enfin, de façon transversale, le Laboratoire national de métrologie et d'essais joue un rôle essentiel, notamment pour certifier les matériels de mesure en matière de santé, d'environnement, d'installations et d'infrastructures. Il apporte aussi son concours, de façon indépendante, aux agences et organismes spécialisés.

Comme on le voit, le paysage institutionnel français est complexe et varie selon les domaines avec l'intervention de services centraux ou déconcentrés, d'agences autonomes ou d'autorités indépendantes – souvent, pour ces dernières, en vertu

surance maladie, n° 2, 2016, p. 34.

84 Art. L. 592-1 et suiv. du code de l'environnement.

85 Art. L. 4641-1 et suivants du code du travail.

d'obligations ou de recommandations au niveau européen – tous ces organismes relevant de l'État. Dans les organes de gouvernance de ces entités, il paraît particulièrement important de maintenir un équilibre entre les représentants des professionnels des secteurs concernés, dont la connaissance approfondie des questions traitées contribue fortement à la qualité des délibérations, et les autres membres. Interviennent en outre, dans ces différents domaines, des agences européennes, comme l'Agence européenne des médicaments (AME) et l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), ou encore la Banque centrale européenne (BCE).

■ ***L'enjeu de l'indépendance de l'expertise***

L'expertise peut être définie comme la capacité d'éclairer le décideur et d'étayer sa prise de décision dans le domaine concerné en fournissant une interprétation, un avis ou une recommandation aussi objectivement fondés que possible, élaborés à partir de l'analyse critique des meilleures connaissances disponibles et de démonstrations argumentées sur des critères explicites, accompagnés d'un jugement professionnel fondé sur l'expérience des experts[86]. Selon l'architecture organisationnelle retenue, cette expertise peut être, en tout ou pour partie, interne ou externe à l'administration.

Dans la période récente, les politiques de prévention des risques, comme toute l'action publique, ont été marquées par une exigence renforcée d'impartialité.

Alors que pendant longtemps la sécurité sanitaire avait reposé sur les administrations centrales des ministères, la mise en place des agences, à partir du début des années 1990[87], a répondu, au gré des différentes crises sanitaires traversées, au souci de renforcer l'impartialité du processus décisionnel, notamment dans la phase d'évaluation du risque. Elle a aussi été justifiée par la volonté de « sanctuariser » les crédits et les emplois affectés à la sécurité sanitaire au sein du budget des agences, dans un mouvement engagé en ce sens dans l'Union européenne, ainsi que par souci d'attirer des experts compétents. Après différentes réorganisations intervenues depuis les années 2000, l'organisation actuelle semble avoir atteint, ainsi qu'il a été dit, un point d'équilibre.

Dans cet ensemble, qui s'est construit progressivement, la séparation des fonctions d'évaluation et de gestion du risque, issue des standards internationaux et européens[88], constitue une référence. Cette séparation peut être fonctionnelle

86 Définition de l'expertise proposée dans la charte de l'expertise sanitaire approuvée par le décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 auquel elle est annexée.

87 Création de l'Agence française du sang en 1992, de l'Agence du médicament en 1993, de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) en 1998 en réponse à la crise de la vache folle et de l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET) en 2005 après les contaminations par l'amiante ou les éthers de glycol.

88 Voir p. ex. le 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 alimentaires, selon lequel l'Autorité est chargée de l'évaluation des risques, tandis que la gestion des risques relève de la Commission européenne.

ou organisationnelle. En France, comme à l'échelle européenne, la séparation a souvent été interprétée de manière organisationnelle, l'évaluation du risque étant confiée à des agences comme l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) ou l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET), tandis que la décision continuait de relever de l'administration centrale. Une exception notable se rencontre toutefois dans le domaine du médicament où l'ANSM cumule depuis l'origine un pouvoir d'évaluation du risque et un pouvoir décisionnel en matière de police sanitaire. Mais, comme la *Food and Drug Administration* (FDA) américaine ou la *Food Standards Agency* (FSA) britannique qui ont aussi adopté le principe d'une distinction fonctionnelle, l'ANSM a organisé, en son sein, une séparation fonctionnelle entre l'évaluation et la gestion du risque. Depuis, l'ANSES[89] s'est vu également confier, outre l'évaluation du risque, un pouvoir décisionnel en matière de médicament vétérinaire, de produits phytosanitaires et de biocides. À l'échelle européenne, la dernière agence créée, dans le domaine des substances chimiques, l'ECHA, recouvre aussi les deux fonctions d'évaluation et de gestion. Il est précisé, toutefois, que cette compétence d'évaluation doit s'entendre comme la capacité d'évaluer, sur un plan « technico-administratif », des travaux d'expertise externes, réalisés par les demandeurs d'autorisations eux-mêmes ou à la demande des agences. On constate également que certaines agences ne se contentent plus seulement d'organiser une expertise scientifique mais intègrent une dimension sociétale, comme c'est le cas à l'ANSES et à Santé publique France où a été créée une instance de dialogue avec la société civile.

À côté des personnels d'expertise permanents dont elles disposent, les agences ont habituellement recours à des experts extérieurs. Il importe bien sûr de s'assurer de l'indépendance des uns comme des autres vis-à-vis de l'industrie. Or, depuis leur création, les agences ont régulièrement été mises en cause pour des conflits d'intérêts, que ce soit à l'échelle nationale ou européenne. On pense notamment en France à l'affaire du *Mediator*, à la suite de laquelle l'ANSM a remplacé l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS). Ces affaires ont conduit à améliorer la transparence sur les liens que les personnes intervenant dans le processus décisionnel, experts ou agents administratifs, pourraient entretenir avec l'industrie. Cette évolution répond à une nécessité, pour rétablir la légitimité de l'expertise et la confiance dans la décision publique. Toutefois, elle a pu conduire, dans certains domaines pointus, à rendre difficile le recrutement des experts extérieurs de bon niveau, tant les pratiques de financement par les industriels y sont répandues. L'*optimum* reste ainsi difficile à trouver en la matière et l'évolution n'est sans doute pas achevée. Une fois désigné, l'expert extérieur ou le collectif d'experts dispose d'une indépendance totale pour émettre son avis, dans le respect de sa déontologie professionnelle[90].

89 Résultat de la fusion de l'AFSSA et de l'AFSSET.

90 V. p. ex. le décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L. 1452-2 du code de la santé publique.

Le renforcement de l'impartialité de l'expertise dans le domaine sanitaire

Après plusieurs autres lois[91], la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a apporté plusieurs innovations importantes :

- les séances des « instances collégiales d'expertise » sont publiques ;
- les entreprises du domaine de la santé doivent publier une déclaration indiquant les avantages qu'elles consentent aux professionnels de santé ;
- certains acteurs du domaine de la santé – tels les agents et experts des agences et instances consultatives – sont soumis à une déclaration publique d'intérêts, à peine de sanction ;
- l'ANSM est financée exclusivement par des subventions publiques et non plus par des taxes ou redevances payées par les industriels ;
- une commission éthique devait être créée au sein de chaque agence, placée auprès du directeur général, avec un rôle de conseil en matière de prévention des conflits d'intérêts ; elle a finalement été remplacée par un déontologue indépendant placé auprès de chaque organisme[92].

Dans ce travail d'expertise, il faut relever l'importance que devrait prendre, à l'avenir, dans le processus décisionnel, l'analyse des « données massives ». L'accès à ces données statistiques à grande échelle a déjà justifié une modification, par l'ANSM, des « recommandations temporaires d'utilisation » (RTU) du Baclofène, utilisé pour lutter contre la dépendance à l'alcool[93]. Cette analyse de données a également permis très récemment à Santé publique France d'identifier, à partir de l'observation systématique de données de santé, avec un temps d'alerte de 24 heures une fois les données transmises, plusieurs cas isolés de maladies d'enfants ayant consommé des laits infantiles contaminés par la même source de salmonelle. Combinée avec l'expertise de terrain, elle devrait constituer, pour la décision publique, un contrepoids utile à des cas cliniques mis en avant par les médias, qui sont en réalité isolés mais qui ont un fort retentissement dans la population, comme cela a été le cas avec la vaccination contre le *papillomavirus*.

■ ***L'enjeu de la simplification du droit***

La question se pose aussi aujourd'hui de l'efficacité des politiques de prévention, lorsqu'elles passent par l'édiction de normes, et des agents qui les mettent en œuvre, dans un contexte marqué par la complexification croissante du droit et des procédures. L'enjeu est de parvenir à concilier sécurisation sur le fond et simplification des procédures.

La technicisation et la complexification des polices administratives est une tendance lourde, qui peut s'expliquer par divers facteurs. Il est notable, d'un côté, que les épisodes de crises, comme cela a été le cas de l'accident de l'usine d'AZF

91 Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme ; loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

92 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

93 Par une décision n° 417607 du 23 mai 2018, le Conseil d'État a rejeté le recours formé contre la décision du 24 juillet 2017 par laquelle le directeur général de l'ANSM a modifié la RTU du baclofène dans la prise en charge des patients alcoolo-dépendants.

en septembre 2001, conduisent naturellement à un renforcement important de la législation[94]. D'un autre côté, il est toujours plus facile, et parfois même rassurant pour les décideurs comme pour les agents, de préciser, raffiner et donc complexifier les textes, plutôt que de les simplifier. Et au fil du temps, l'objectif de fond poursuivi se perd au profit de textes de plus en plus touffus, comportant des dérogations toujours plus nombreuses.

Dans ce contexte, le mouvement de simplification des procédures qui s'amorce accroît parfois, dans un premier temps, les difficultés des agents sur le terrain : en effet, une simplification pour l'usager peut se traduire par un renforcement de la charge de travail des agents. Par exemple, l'autorisation environnementale unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement ou d'installations au sens de la loi sur l'eau, qui est une vraie simplification, oblige à adapter l'organisation administrative. La technique du rescrit, qui existe en matière fiscale et sociale et qui devrait être étendue à d'autres matières[95], a également pour effet de transférer la charge de travail de vérification de la situation d'un administré, qui incombe normalement à ce dernier, à l'administration.

Il faut toutefois relever, dans le domaine de l'environnement, que la consécration par la loi[96] d'un principe de non-régression – selon lequel « *la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* » – ne fait pas obstacle à la simplification des procédures : en effet, il a été interprété par le juge, de façon pragmatique, comme empêchant la suppression pure et simple de mesures de protection en cas de risque pour l'environnement, mais permettant de faire varier leur intensité, notamment dans un but de simplification des procédures, en fonction du niveau du risque encouru[97].

■ ***Les instruments de prévention des risques endogènes***

Les collectivités publiques se sont également dotées d'instruments de prévention des risques endogènes, c'est-à-dire ceux résultant du fonctionnement même de l'administration.

Dans les administrations de l'État, un contrôle budgétaire est exercé par des agents du ministère des finances. Il est orienté, dans le respect de l'autonomie des gestionnaires, vers la maîtrise du risque budgétaire dans l'exécution de la dépense. Une fois le budget exécuté, la Cour des comptes procède à la « *certification de la régularité, de la sincérité et de la fidélité des comptes de l'État. Cette certification est annexée au projet de loi de règlement et accompagnée du compte rendu des vérifications opérées* »[98] – y compris en ce qui concerne les « engagements hors bilan » de l'État, qui constituent un risque particulier[99]. La France est l'un des rares

94 V. loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

95 Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance.

96 Art. L. 110-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

97 CE, 8 décembre 2017, *Fédération Allier nature*, n° 404391.

98 Art. 58 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

99 Cour des comptes, *Le recensement et la comptabilisation des engagements hors bilan de l'État*,

États de la zone euro à s'être engagé dans une démarche de certification de ses comptes publics par un auditeur externe indépendant, ce qui constitue un atout pour assurer la sécurité de ses finances publiques.

En outre, « *dans chaque ministère, un dispositif de contrôle et d'audit internes, adapté aux missions et à la structure des services et visant à assurer la maîtrise des risques liés à la gestion des politiques publiques dont ces services ont la charge, est mis en œuvre./ Le contrôle interne est l'ensemble des dispositifs formalisés et permanents décidés par chaque ministre, mis en œuvre par les responsables de tous les niveaux, sous la coordination du secrétaire général du département ministériel, qui visent à maîtriser les risques liés à la réalisation des objectifs de chaque ministère. (…) L'audit interne est une activité exercée de manière indépendante et objective qui donne à chaque ministre une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations et lui apporte ses conseils pour l'améliorer. L'audit interne s'assure ainsi que les dispositifs de contrôle interne sont efficaces* »[100].

Ainsi, dans le cadre du contrôle interne, ont été mises en place des procédures de certification ou d'audit et il est recouru à certains outils, telle la cartographie des risques, largement coordonnés par les comités ministériels d'audit interne. Une instance de coordination, le comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État (CHAI), est chargée d'harmoniser les pratiques entre les ministères. Ce comité est positionné auprès du ministre chargé de la réforme de l'État et comprend parmi ses membres un représentant du directeur général des finances publiques et un représentant du directeur du budget. Une nouvelle démarche de contrôle des risques au sein des organismes publics, analogue à celle qui se rencontre dans les entreprises privées, a ainsi été mise en place. Par les outils de l'audit qu'elle met en œuvre et par son positionnement, elle se concentre surtout sur les aspects financiers et comptables de l'action publique et s'intéresse particulièrement aux fonctions supports.

La lutte contre le risque cyber

Les systèmes numériques utilisés par les collectivités publiques sont exposés, comme ceux des personnes privées, à un risque cyber caractérisé par des évolutions rapides et permanentes. Ce risque va du simple virus, au vol systématique d'informations ou à la prise de contrôle d'un système d'information, dont les conséquences peuvent être majeures. Ces attaques sont le fait de personnes qui agissent souvent depuis l'extérieur du territoire et qu'il est très difficile de retrouver. L'agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) a mis en place une « homologation de sécurité », qui a parfois été rendue obligatoire, permettant de mieux connaître et anticiper le risque cyber, de se préparer à y répondre par des mesures adaptées aux évolutions du numérique et à chaque niveau de décision. Elle effectue elle-même certains audits de sécurité, comme elle l'a fait en matière d'installations nucléaires. Elle organise aussi des séminaires de sensibilisation des décideurs publics au risque cyber.

Communication à la commission des finances du Sénat, 24 avril 2013.

100 Décret n° 2011-775 du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration.

Un partage des risques avec le secteur privé peut aussi être recherché par les collectivités publiques, notamment par le recours à des mécanismes assurantiels[101] ou, en ce qui concerne les grands équipements publics, à certains types de contrats, tels les marchés de partenariat[102] ou les contrats de concession[103].

Cette prise en compte des risques endogènes, souvent qualifiés de « risques institutionnels », est une évolution positive, même si certains auteurs[104] considèrent qu'elle se fait parfois au détriment de la protection de la population contre les risques exogènes. Une autre critique lui est adressée : visant à renforcer la capacité de pilotage de l'administration centrale sur les services déconcentrés, notamment en matière de contrôle, elle se ferait aussi, paradoxalement, au prix d'un accroissement de la réglementation et d'une réduction des marges de manœuvre laissées aux services déconcentrés.

1.1.3.2. La gestion de crise

Lorsque les politiques de prévention n'ont pas empêché la réalisation du risque – soit qu'elles se sont révélées inadaptées, soit que le risque n'était pas prévisible et a constitué un aléa, il s'agit de prendre des mesures rapides pour y faire face. Ces mesures relèvent de la gestion de crise. Elles sont prises au titre de la sécurité civile ou de réglementations sectorielles.

Au niveau central, le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) assiste le Premier ministre dans la gestion de crise. Il lui propose d'activer la CIC, qui est chargée d'informer les pouvoirs publics, de leur proposer des décisions stratégiques, de coordonner les centres opérationnels de gestion de crise des ministères et d'élaborer une communication de crise. Pour la partie opérationnelle, la CIC peut s'appuyer sur le centre opérationnel de gestion interministérielle des crises (COGIC) du ministère de l'intérieur, qui est l'instance de commandement de gestion des crises de la sécurité civile.

Sur le terrain, le préfet est la clé de voûte de la gestion de crise, en tant que directeur des opérations de secours, chargé d'assurer la cohérence de l'action publique par la coordination de l'ensemble des acteurs publics et privés. Il assure également la communication de crise. Le maire, quant à lui, est responsable, dans sa commune, de l'organisation des secours de première urgence et il peut mettre en œuvre le plan communal de sauvegarde (PCS)[105], élaboré à partir des informations contenues dans le DICRIM. Chaque commune peut en outre désigner un adjoint au maire ou un conseiller municipal chargé de coordonner les différentes actions menées sur le territoire de la commune, en lien avec le préfet.

Lorsque l'organisation des secours revêt une ampleur ou une nature particulière, elle fait l'objet, dans chaque département, dans chaque zone de défense et en

101 Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, la Documentation française, 2005.
102 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
103 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
104 H. Rothstein, M. Huber et G. Gaskell, « A Theory of Risk Colonisation : The spiralling regulatory logics of societal and institutionnal risk », *Economy and Society,* vol. 35, n° 1, 2006.
105 Loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile.

mer, d'un dispositif organisant la réponse de sécurité civile (ORSEC). Les plans ORSEC peuvent définir un plan particulier d'intervention (PPI) pour certains sites sensibles.

La gestion de crise en matière nucléaire

Les évènements nucléaires sont recensés et classés sur une échelle mesurant leur impact et permettant une meilleure information du public.

Une directive interministérielle du 7 avril 2005 fixe le protocole à suivre en cas d'accident. Le préfet est chargé de la direction des secours, tandis que l'ASN contrôle les actions de l'exploitant, conseille les autorités et participe à l'information du public.

Outre le PPI, est mis en œuvre le plan d'urgence interne (PUI) établi par l'exploitant, qui a pour objet de ramener l'installation dans un état sûr et de limiter les conséquences de l'accident.

Sous l'effet des crises survenues au cours des vingt dernières années, la préparation de la gestion de crise est devenue une préoccupation majeure des acteurs publics. Il n'est pas exagéré de dire que les dispositifs mis en place, qui viennent d'être décrits, font aujourd'hui partie du fonctionnement ordinaire des administrations, qui se préparent assidûment à la gestion de situations extraordinaires. Les pratiques administratives peuvent varier à cet égard, mais il est important que cette préparation se fasse en lien avec les dispositifs existants de gestion des risques dont il a été question au 1.1.3. En effet, la préparation à la gestion de situations d'urgence ne doit pas supplanter une anticipation des risques devenue trop aléatoire. Il convient plutôt de rechercher un bon équilibre entre l'identification des risques et la préparation à la gestion de crise.

1.1.3.3. La réparation

La réparation des préjudices subis par les victimes d'un risque, lorsqu'il se réalise, peut emprunter diverses voies : la mise en cause de la responsabilité de l'administration, pour faute ou même, dans certains cas, en l'absence de toute faute ; l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, sans lien avec la responsabilité, notamment par des fonds créés à cette fin.

■ ***La responsabilité pour faute de service***

Le régime général de responsabilité pour faute des personnes publiques[106], c'est-à-dire lorsque le risque endogène d'illégalité se réalise, constitue une garantie pour l'indemnisation des victimes.

D'une part, il suffit aujourd'hui, dans la généralité des cas, d'une faute simple pour que la responsabilité de l'administration soit engagée. En effet, la nécessité d'une faute lourde, longtemps justifiée par la difficulté particulière du service, mais qui rendait plus difficile l'indemnisation des victimes, a été pratiquement abandonnée.

106 TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, n° 00012.

Tel a été le cas en matière hospitalière[107], pour l'ensemble des activités des services fiscaux[108] et en cas de dépassement du délai raisonnable de jugement[109].

Cela a aussi été le cas pour les mesures de police[110], comme la surveillance des détenus[111] ou les activités de secours[112]. Il en est de même pour la police de l'environnement[113] et la police sanitaire[114]. La faute que commet une autorité de police peut s'apprécier, comme la légalité de cette mesure, de manière subjective, en tenant compte des éléments dont l'administration avait connaissance au moment de sa décision[115]. Comme il a été dit plus haut, ce pragmatisme est de nature à inciter l'administration à agir, sans crainte que des éléments, dont elle n'a pas connaissance au moment de sa décision, puissent venir la remettre en cause après coup.

Au terme de cette évolution, la faute lourde n'existe plus qu'à titre résiduel : pour certaines activités de contrôle de l'administration[116], mais pas dans le domaine sanitaire[117], et pour les activités juridictionnelles, autres que les délais de jugement[118].

D'autre part, la distinction entre faute de service et faute personnelle[119] et les possibilités de cumul[120] permettent une meilleure indemnisation des victimes. Ainsi, même lorsque des faits ont le caractère d'une faute personnelle d'un agent, mais que, commis dans le service ou en dehors du service avec ses moyens, ils peuvent être regardés comme « non dépourvus de tout lien avec lui »[121], la responsabilité du service est également engagée. Dans ce cas, qui est largement admis[122], les victimes peuvent se tourner vers l'administration, afin d'obtenir réparation de leur dommage. Une fois les victimes indemnisées par l'administration, celle-ci pourra se retourner contre son agent, dans le cadre d'une action récursoire[123].

---

107 CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V.*, n° 79027 ; art. L. 1142-1 du code de la santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

108 CE, Sect., 27 juillet 1990, *Bourgeois*, n° 44676 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *M. K.*, n° 306225.

109 CE, Ass., 28 juillet 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Magiera*, n° 239575.

110 CE, Sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, n° 84768.

111 CE, 23 mai 2003, *Mme C.*, n° 244663.

112 CE, Sect., 20 juin 1997, *M. T.*, n° 139495 ; CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, n° 164012.

113 CE, 27 juillet 2015, *M. B.*, n° 367484, en matière de police spéciale des installations d'assainissement non collectif.

114 CE, 9 novembre 2016, *Mme B.*, n° 393108, en matière de police sanitaire du médicament.

115 CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, n° 296458, concl. C. de Salins ; CE, Ass., Avis, 6 juillet 2016, *M. Napol, M. Thomas. et autres*, n° 398234.

116 CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, n° 205959 ; CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. ou Mme K. et autres*, n° 219562.

117 En matière de sang contaminé : CE, Ass., 9 avr. 1993, *M. D.*, n° 138653 ; en matière d'amiante : CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ consorts T.*, n° 241152.

118 CE, Ass., 29 novembre 1978, *Darmont*, n° 96004 ; CE, 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831.

119 TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, n° 00035.

120 Pour le cumul de fautes : CE, 3 févr. 1911, *Anguet*, n° 34922 ; pour le cumul de responsabilités : CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595.

121 CE, Ass., 18 novembre 1949, *Mlle Mimeur*, n° 91864.

122 CE, 2 juin 2010, *Mme F. et M. M.*, n° 307772.

123 CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 1074 ; CE, Ass., 28 juillet 1951, *Delville*, n° 4032.

Enfin, alors qu'il appartient en principe à la victime de prouver l'existence d'une faute de l'administration, ont été institués dans certains cas des régimes de responsabilité pour faute présumée, afin de faciliter l'indemnisation, comme cela a été le cas en matière d'infections nosocomiales[124].

■ ***La responsabilité sans faute***

Pour certaines activités particulièrement risquées, des mécanismes de responsabilité sans faute ont été créés par voie jurisprudentielle, afin d'assurer un équilibre entre les nécessités de l'action administrative et le souci d'assurer une indemnisation des victimes[125]. Les régimes en cause correspondent à des cas variés, comme les activités dangereuses de l'administration[126] ou même celles qui ne le sont pas à proprement parler, comme la législation[127] ou la réglementation[128], mais qui, pour autant, peuvent, en cas de préjudice grave et spécial, présentant ainsi un caractère anormal[129], ouvrir un droit à indemnité. Ces régimes, parfois consacrés par le législateur, comme c'est le cas en matière d'accident médical[130], participent d'un mouvement de « socialisation du risque »[131]. Toutefois, dans ces régimes, l'indemnisation de la victime, même sans faute, appartient à l'auteur du dommage et non à la collectivité tout entière.

S'y ajoute, en matière de contrats, l'indemnisation du cocontractant de l'administration, en dehors de toute faute, en cas de sujétions imprévues, au nom de la théorie de l'imprévision[132] – récemment étendue au droit civil[133].

Il faut relever que la reconnaissance d'un régime de responsabilité sans faute en matière de vaccinations obligatoires[134], inspiré par le souci d'une couverture totale de la population justifiée par un intérêt général supérieur tout en facilitant l'indemnisation des victimes, emporte parfois des effets paradoxaux : ainsi, son application à la vaccination contre l'hépatite B a pu accréditer l'idée, dans l'opinion, de l'existence d'un lien avec l'apparition de la sclérose en plaques[135], alors que les études les plus récentes démontrent le contraire.

---

124 CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087.

125 Pour la reconnaissance du principe, en matière d'accident professionnel : CE, 21 juin 1895, *Cames*, n° 82490.

126 Pour les activités dangereuses, consistant dans un dépôt de munition : CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, n° 62273 ; dans l'usage d'armes à feu : CE, Ass., 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, n° 87335 ; dans le placement de mineurs au service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) : CE, Sect., 1er juillet 2016, *Société Groupama Grand Est*, n° 375076 ou lors d'une perquisition effectuée dans le cadre de l'état d'urgence : voir CE, Ass., Avis, 6 juillet 2016, *M. Napol, M. Thomas. et autres*, préc.

127 CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704.

128 CE, Sect., 22 févr. 1963, *Commune de Gavarnie*, n° 50438.

129 CE, Ass., 22 octobre 2010, *Mme B.*, n° 301572.

130 CE, Ass., 9 avr. 1993, *Bianchi*, n° 693336 ; art. L. 1142-1 du code de la santé publique.

131 Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, la Documentation française, 2005.

132 CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928.

133 Art. 1195 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

134 Loi n° 64-643 du 1er juillet 1964 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du code de la santé publique ; art. L. 3111-9 du code de la santé publique.

135 CE, 9 mars 2007, *Mme S.*, n° 267635.

■ ***L'indemnisation par la solidarité nationale***

D'un point de vue global, la France s'est dotée, depuis longtemps, d'un vaste ensemble d'institutions providentielles, dont l'origine remonte à la fin du XIXe siècle[136], mais qui s'est surtout développé après la Seconde Guerre Mondiale avec le souci d'éviter que ne se reproduisent les conditions ayant conduit à la crise économique puis à la guerre[137]. Si l'on prend le cas particulier de la santé et de la sécurité au travail, le régime d'indemnisation mis en place par la loi devient prépondérant par rapport aux dispositifs de prévention – contrairement à ce qui se pratique dans certains pays voisins[138].

Le principe de solidarité est affirmé avec force dans la Constitution de 1946, dont l'alinéa 12 du Préambule dispose que : « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Il trouve une expression dans le dispositif *CatNat* mis en place en 1982[139], fondé à la fois sur la solidarité et sur l'assurance individuelle, qui répartit le coût des catastrophes naturelles, notamment des inondations, sur l'ensemble des assurés et qui représente actuellement 12 % de la prime assurance habitation. Ce dispositif est régulièrement accusé de ne pas inciter les pouvoirs publics et les citoyens à prendre des mesures de prévention, puisqu'en cas d'inondation ils auront la garantie d'être indemnisés[140].

Il s'est aussi traduit dans la mise en place – par la loi – de divers fonds d'indemnisation. Le recours à ces fonds, reposant sur la solidarité nationale, a montré, dans certains domaines, son efficacité pour parvenir à une indemnisation rapide, en évitant le contentieux, grâce à une procédure amiable. Les fonds, qui sont subrogés dans les droits de la victime, peuvent ensuite se retourner contre le tiers responsable. Leur mise en place, notamment dans le domaine de la santé, n'empêche pas de rechercher la responsabilité de l'État pour avoir pris des mesures insuffisantes destinées à prévenir la réalisation du risque, comme cela a été le cas pour l'amiante[141]. Cela n'empêche pas non plus des poursuites pénales contre les décideurs publics, ce qui a encore été le cas dans l'affaire de l'amiante.

Ces fonds d'indemnisation se rencontrent dans des domaines variés, avec, par exemple, le fonds de garantie (FG), qui regroupe les activités du fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) et du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) ou le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)[142]. La santé est un domaine d'élection privilégié.

136 F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986.
137 T. Judt et P.-E. Dauzat, *Après-guerre : une histoire de l'Europe depuis 1945*, Armand Colin, 2007.
138 H. Rothstein et autres, « Varieties of risk regulation in Europe: coordination, complementarity and occupational safety in capitalist welfare states », *Socio-Economic Review*, septembre 2017.
139 Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.
140 OCDE, *Financial Management of flood risk*, 2016.
141 CE, Ass., 9 novembre 2015, *SAS Constructions mécaniques de Normandie*, n° 342468.
142 Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

L'indemnisation du risque en matière de santé

Dans le domaine de la santé, certains risques acceptés correspondent aux inconvénients, parfois graves, que peuvent entraîner pour certaines personnes des décisions publiques prises pour le bénéfice du plus grand nombre. Les conséquences dommageables de ce risque accepté justifient l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, qui repose sur l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), financé par l'assurance maladie.

Ainsi, le II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique dispose qu'en l'absence de faute : « *un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale* », qui est assurée par un fonds d'indemnisation, l'ONIAM. L'indemnisation au titre de la solidarité nationale est conditionnée à un lien direct avec des « *actes de prévention, de diagnostic ou de soins et [à ce] qu'ils [auraient] eu pour le patient des conséquences anormales*[143] *au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret* ».

Ne sont indemnisés à ce titre que des préjudices correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique (AIPP) supérieur à 24 %[144]. Ce seuil s'explique par un souci d'équilibre entre le risque que doit supporter le patient, dûment informé[145], et ceux dont les conséquences sont disproportionnées par rapport à ce qu'il pouvait escompter et qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge. Il en résulte que les victimes dont la gravité des préjudices n'atteint pas ce seuil ne peuvent obtenir d'indemnisation que si elles établissent l'existence d'une faute de la part du professionnel de santé ou de l'établissement de soins, ou encore, si le dommage est imputable à un produit de santé, si elles établissent que celui-ci est défectueux[146].

Compte tenu de l'intérêt du système, les missions d'indemnisation de l'ONIAM ont été progressivement étendues à d'autres cas. Certains cas – les vaccinations obligatoires[147] et les mesures sanitaires d'urgence – relèvent en effet pleinement de la prise en charge par la collectivité des risques acceptés à l'occasion de décisions publiques. D'autres – les dommages transfusionnels résultant de contaminations[148] – sont davantage nés de la volonté du législateur de confier à la solidarité nationale la réparation des conséquences de « drames sanitaires » de grande ampleur. D'autres encore – les dommages causés par le

(...)

143 CE, 12 décembre 2014, *Office national des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales c/ M. M.*, n° 355052.

144 Art. D. 1142-1 du code de la santé publique.

145 Art. L. 1111-2 du code de la santé publique.

146 Art. 1245 et suiv. du code civil, transposant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

147 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

148 Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, modi-

(...)

benfluorex, principe actif du Médiator[149], et par le valproate de sodium, principe actif de la Dépakine[150] – correspondent à la volonté de traiter des demandes d'indemnisation arrivant en grand nombre, dans le contexte d'une faute ou de la défectuosité d'un produit. L'objectif a été de soulager les juridictions des actions civiles et d'assurer une indemnisation des victimes rapide et efficace. Dans ces cas, la loi prévoit une action récursoire permettant à l'ONIAM d'obtenir *in fine* des auteurs des dommages, le remboursement des indemnisations versées.

L'effet de seuil créé par le taux d'IPP mentionné plus haut, selon lequel l'indemnisation relève de la solidarité nationale ou d'un régime de responsabilité, régulièrement critiqué par les associations d'usagers du système de santé, ainsi que l'hétérogénéité des missions désormais confiées à l'ONIAM devraient sans doute être réexaminés à l'avenir.

Devrait en outre être posée la question de la part du risque assumée par l'industrie des produits de santé. Aujourd'hui cette part est nulle, puisque la responsabilité du producteur n'est engagée que pour faute ou pour la défectuosité du produit, qui ne doit pas être confondue avec le risque. En outre, selon le choix de transposition qui a été effectué en France[151], le producteur est responsable de plein droit des conséquences dommageables du défaut du produit à moins « *que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* »[152]. De ce point de vue, la France n'a pas fait le même choix que l'Allemagne, où une loi du 24 août 1976 consacre un système de responsabilité objective du fait des médicaments et impose une assurance obligatoire aux entreprises pharmaceutiques[153].

Au total, ces dispositifs de socialisation du risque semblent avoir un effet ambivalent sur les décideurs publics : d'un côté, ils peuvent les inciter à agir, en ne faisant pas peser sur eux un risque personnel ; d'un autre côté, ils peuvent avoir un effet déresponsabilisant, qui n'est toutefois pas certain.

fiée par la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

149 Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

150 Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017.

151 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

152 4° de l'art. 1245-10 du code civil.

153 M. Berg, « La responsabilité du fait des médicaments en droit allemand », Revue générale de droit médical, numéro spécial, mars 2012, p. 109.

1.2. La prise en compte du risque par les décideurs publics est devenue à la fois plus difficile et plus nécessaire

1.2.1. Les décideurs publics agissent dans un contexte profondément modifié

1.2.1.1. Le changement d'échelle du risque

Le contexte actuel montre que des éléments identifiés dans les années 1980 par les penseurs de la « société du risque » sont encore à l'œuvre. Il n'est plus possible de cantonner les risques à un lieu, un secteur ou à un horizon temporel déterminé.

■ ***Le risque dans l'espace***

S'agissant du rapport à l'espace, comme le résumait Ulrich Beck : « *On observe une tendance à la globalisation qui touche la production et la reproduction, et transcende les frontières des États-nations. On voit donc apparaître des menaces globales transnationales* »[154]. Outre la mondialisation et l'intensification des flux de personnes, de marchandises et de services qu'elle implique, une logique de globalisation conduit à transposer des changements en cours à un endroit donné à l'ensemble de la planète. L'évolution d'un domaine dans un pays peut avoir des répercussions dans un autre domaine sur un autre continent.

■ ***Le risque dans le temps***

S'agissant du rapport au temps, il semble que nos sociétés se soient installées dans un état de changement permanent. Comme le relevait déjà Ulrich Beck, « *la société du risque est une société de la catastrophe. L'état d'exception menace d'y devenir un état normal* »[155]. L'impression d'accélération technologique s'explique notamment par la dynamique des sciences dites NBIC – nanotechnologies, biotechnologies, informatique et sciences cognitives –, dont la convergence, annoncée aux États-Unis depuis le début des années 2000[156], semble se renforcer. Si l'idée de destruction créatrice est ancienne, le terme de « disruption », issu du marketing et de la sphère publicitaire, désigne aujourd'hui une forme d'accélération de l'innovation aboutissant à la réduction du temps nécessaire à l'appropriation de ces changements par les sociétés. Ce phénomène peut faire craindre des bouleversements significatifs, d'une part, pour des systèmes sociaux peinant à s'adapter à ces changements économiques, et, d'autre part, pour la puissance publique dont l'action paraît avoir souvent un temps de retard sur les évolutions à l'œuvre[157].

154 U. Beck, *La Société du risque*, « Champs », Flammarion, 2008, p. 26.

155 *Ibid*., p. 43.

156 M. Roco, W. Bainbridge, Rapport de la World Technology Evaluation Center, *Converging technology for improving human performance*, Kluwer Academic Dordrecht, 2003.

157 B. Stiegler, *Dans la disruption, Comment ne pas devenir fou ?*, LLL, 2016.

Dans cet univers de changement continu et accéléré, l'utilisation des données massives représente un défi majeur. Les individus fournissant, de façon continue et souvent à leur insu, un nombre croissant de données, perdent leur capacité de contrôle sur ces éléments qui sont pourtant censés les caractériser au sein de leur environnement. Il peut s'en suivre non seulement un sentiment de dépossession de leurs propres désirs, attentes et volonté[158], mais aussi l'impossibilité d'oublier et de faire oublier certains événements, ce qui peut conduire à une inhibition des capacités d'actions, toute prise de risque nécessitant une certaine forme d'oubli. De même, les approfondissements continus des biotechnologies, outre les progrès en matière notamment d'espérance de vie qu'ils permettent d'espérer, induisent des questions éthiques jusqu'alors inconnues. En particulier, les nouvelles techniques procréatives et d'ingénierie génomique, par les possibilités qu'elles ouvrent en matière de sélection et de recomposition génétique des embryons, impliquent des effets définitifs pour les personnes concernées et peuvent conduire à des dérives qu'il s'agit de prévenir[159].

Dans le même temps, l'histoire de l'innovation permet aussi de remettre en perspective la place qu'elle occupe aujourd'hui dans la vie publique. La définition de l'innovation insiste sur l'amélioration de la qualité de vie qu'elle induit pour la population et conduit souvent à faire apparaître le développement des technologies passées comme des processus sans alternatives[160]. Mais la mise en contexte de l'innovation dans l'histoire, au contraire, met en valeur « *le caractère souvent indécis et parfois même contingent des choix technologiques passés, ouvrant ainsi de nouvelles libertés pour le présent* »[161]. Le caractère imprévisible de l'innovation elle-même renforce l'incertitude pesant sur les conséquences et applications qu'elle provoque.

1.2.1.2. Le défi de la connaissance du risque

■ *La remise en cause des capacités de la prospective classique*

La France n'est pas mal armée pour affronter ces défis, notamment eu égard à sa riche tradition de réflexion prospective.

Deux visions traditionnelles de la prospective sont couramment mises en regard. L'approche américaine, née à l'époque du *New Deal*[162] et théorisée dans l'après-

158 *Ibid*., 2016, p. 23.

159 Avis n° 72 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Réflexions sur l'extension du diagnostic pré-implantatoire*, 4 juillet 2002 ; Avis n° 107 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI*), 15 octobre 2009.

160 Définition proposée par le rapport de J.-Y. Le Déaut et B. Sido de compte-rendu d'auditions et de présentations de conclusions de l'OPECST : *Le principe d'innovation*, enregistré le 27 novembre 2014 : « *Le principe d'innovation garantit le droit pour tout organisme de recherche et tout opérateur économique de mettre en place et de conduire des activités consistant à développer des produits, services, procédés, modes d'organisation, pratiques sociales ou usages nouveaux ou sensiblement améliorés par rapport à ce qui est disponible sur le marché*. ».

161 J.-B. Fressoz, *L'Apocalypse joyeuse*, Le Seuil, 2012.

162 W. Ogburn a été pionnier avec la « Commission présidentielle de recherche sur les tendances sociales » puis son rapport sur « les tendances technologiques et la politique gouvernementale »

guerre notamment sous l'égide de l'armée de l'air et de la *Rand Corporation*[163], se caractérise par un recours massif à des traitements de données, la prééminence des expertises à caractère scientifique et la primauté accordée à la démarche individuelle. La vision française, largement théorisée au lendemain de la guerre par des personnalités marquantes – Gaston Berger, Bertrand de Jouvenel[164], Jacques de Bourbon-Busset, Pierre Massé – et des mouvements associatifs[165], insiste quant à elle sur le croisement de domaines variés du savoir, des analyses avant tout qualitatives, et surtout la conviction que cette discipline n'est pas un instrument de prévision de l'avenir – objectif souvent attribué à l'approche américaine – mais une aide à la prise de décision. « *Ni prophétie, ni prévision – concept théologique réservé à la connaissance que seul Dieu aurait de l'avenir, disait Voltaire – la prospective n'a pas pour objet de pré-dire l'avenir mais de nous aider à le construire* »[166]. Face à cette incertitude, il n'y a pas un seul avenir à prédire mais plusieurs futurs à préparer. La prospective, définie ainsi comme l'investigation méthodique des futurs possibles, constitue un préalable à l'élaboration de stratégies ou de politiques en vue de l'action[167].

Au sein de l'État, le Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP) – dénommé France Stratégie – a la charge de conduire des travaux de prospective permettant d'éclairer les pouvoirs publics sur les trajectoires possibles à moyen et long terme pour la France et d'animer la réflexion stratégique[168].

Mais la capacité prospective des acteurs publics fait aujourd'hui face à de nouveaux défis de prévisibilité des tendances et des phénomènes. Les évolutions spatiales et temporelles des risques ont en effet conduit certains auteurs à évoquer le passage d'une société du risque à celle de l'incertitude[169] où la prévisibilité de certains phénomènes est remise en cause. Le concept de *menace* est aujourd'hui parfois préféré à celui de risque pour désigner des dangers échappant aux techniques habituelles de prévision[170]. Des décisions politiques ont ainsi pu être prises de manière assumée sur la base, non pas de ce qui est connu, mais de ce qui est inconnu. Dans une formule restée célèbre, le secrétaire d'État américain Donald Rumsfled avait par exemple déclaré à propos des informations à la disposition du gouvernement au moment du déclenchement de la guerre en Irak : « *Comme nous le savons, il y des "connus connus", c'est-à-dire les choses que nous savons que nous savons. Nous*

commandé par Franklin Roosevelt.

163 Créée en 1948.

164 B. de Jouvenel, *L'Art de la conjecture*, Hachette, 1972.

165 Création de l'association *Futuribles* en 1967.

166 H. de Jouvenel, « La démarche prospective. Un bref guide méthodologique », *Futuribles,* novembre 1999.

167 L. de Brabandère et A. Mikolajczak. « Il sera une fois... la prospective stratégique », *L'Expansion Management Review*, vol. 128, n° 1, 2008, pp. 32-43.

168 Décret n° 2013-333 du 22 avril 2013 portant création du Commissariat général à la stratégie et à la prospective.

169 M. Reghezza-Zitt, *De l'avènement du Monde à celui de la planète. Le basculement de la société du risque à celle de l'incertitude*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2015 ; M. Kokoreff, J. Rodriguez, « La société de l'incertitude », *Sciences humaines*, 2005, p. 6-9.

170 D. Bourg, P-B. Joly et A. Kaufmann (dir.), *Du risque à la menace. Penser la catastrophe.* Presses Universitaires de France, 2013.

savons en même temps qu'il y a des choses que nous ne savons pas, des "inconnus connus". Mais, il y a aussi des "inconnus inconnus" – des choses que nous ne savons pas que nous ne savons pas. »[171]

Le caractère dit *systémique* de certaines menaces oblige à penser de nouveaux cadres de prévention et d'action en dehors des mécanismes habituels. La difficulté de prévenir des menaces comme le réchauffement climatique ne serait pas liée, pour certains auteurs, aux incertitudes scientifiques concernant cette menace, mais à une incapacité de croire en la possibilité de sa réalisation. Comme l'écrit Jean-Pierre Dupuy au sujet des menaces environnementales : « *sont-elles très peu probables ou quasi certaines ? Il nous semble qu'elles sont l'une et l'autre chose (…) La catastrophe est inscrite dans l'avenir, mais avec une probabilité très faible* »[172]. Face à de telles menaces, l'effort d'explication ou de pédagogie des autorités publiques est souvent décrit comme voué à l'échec en raison de l'incapacité des personnes à se projeter dans un tel schéma : « *C'est une chose que l'esprit écarte parce que l'on se dit que ce n'est pas possible* »[173].

Le caractère systémique de certaines menaces se heurte en outre au caractère cloisonné de l'intervention publique, mais aussi, bien souvent, des formes d'expertise scientifique. Alors qu'il conviendrait de penser la circulation des dangers entre différents espaces, la connaissance comme l'action demeurent encore trop souvent enfermées dans des frontières disciplinaires ou administratives qui ne permettent pas d'identifier les effets dominos ou encore les conséquences à moyen ou long termes de certains événements : c'est le cas, par exemple, des effets sanitaires de la crise économique ou bien encore des effets conjugués du changement climatique, qui impose la mobilité des populations, et du vieillissement des populations, qui les rend plus sédentaires et plus isolées.

La crise financière de 2007-2009 a également suscité des doutes sur la capacité des économistes et scientifiques à prévoir les événements par des règles mathématiques. Le succès de l'ouvrage de l'ancien courtier en bourse et professeur Nassim Nicholas Taleb, *Le Cygne noir, la puissance de l'imprévisible*, publié en 2007 atteste de l'existence d'un nouveau scepticisme, largement partagé et touchant l'ensemble des sphères de la vie sociale, dans la fiabilité des lois de la probabilité. Selon lui, le monde n'est pas prévisible et l'Histoire serait plutôt déterminée par des événements extraordinaires et imprévus, mais dont le caractère surprenant disparaît dès que l'événement est survenu. La renaissance actuelle de la notion d'incertitude accorde une priorité à l'événement présent sur la prévision : l'authentique événement est toujours celui qui n'avait pas été prévu. Cependant, l'insistance sur le caractère imprévisible de tels événements laisse sous silence le fait qu'il existe parfois des signaux d'alerte, voire des lanceurs d'alerte, restés largement inaudibles – comme ce fut le cas de la crise financière. Ce qui doit nous amener à nous interroger sur les raisons qui contribuent à cette surdité ou cet aveuglement.

171 Conférence de presse du 12 février 2002.
172 J.-P.. Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Seuil, 2002, p. 141.
173 C. Lepage et Fr. Guéry, *La Politique de précaution,* PUF, 2001, p. 16.

Face à ces changements, il importe plus que jamais que les pouvoirs publics puissent être préparés aux scenarios possibles pour identifier les actions de long terme qui s'imposent. Une célèbre analogie de Gaston Berger peut servir de guide : « *Sur une route bien connue, le conducteur d'une charrette qui se déplace au pas, la nuit, n'a besoin, pour éclairer sa route, que d'une mauvaise lanterne. Par contre, l'automobile qui parcourt à vive allure une région inconnue doit être munie de phares puissants. Rouler vite sans rien voir serait proprement une folie* »[174].

■ ***Les limites de l'expertise scientifique et technique***

Alors que les politiques publiques ont dû s'adapter, comme il vient d'être dit, à des domaines d'activité de plus en plus complexes, les capacités d'expertise de l'État se sont parfois renforcées, notamment par la mise en place d'agences spécialisées, mais parfois affaiblies, en raison d'un mauvais ciblage de la réduction des effectifs menée au cours des dix dernières années. Cet affaiblissement s'explique aussi par la décentralisation, combien justifiée, mais qui a eu pour effet de disperser, et parfois de perdre, une partie des capacités d'expertise dont disposait l'État autrefois, notamment en matière d'infrastructures. En 2014, toutefois, la fusion des huit centres d'études techniques de l'équipement (CETE), répartis sur l'ensemble du territoire, et d'autres laboratoires spécialisés, dans le Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA), a permis de fédérer une capacité d'expertise jusque-là dispersée, en atteignant une masse critique. Les huit directions régionales du centre permettent de conserver un lien étroit avec le terrain. Il reste que, sur certaines fonctions de contrôle, l'insuffisance d'effectifs dans les services déconcentrés peut constituer un problème.

Le contexte profondément transformé dans lequel évoluent les acteurs publics justifie pourtant que leurs capacités d'expertise soient renforcées, afin de réduire les asymétries d'information avec les autres acteurs. On l'a dit, la création des agences a été une façon de répondre à cet enjeu. Du fait de l'autonomie dont elles disposent, on attend d'elles un meilleur suivi des évolutions des savoirs et des technologies dans leurs domaines respectifs, grâce à la participation d'experts scientifiques à leurs activités[175]. Il reste à l'État central le rôle de coordonner leur intervention et d'appréhender l'existence de risques systémiques dépassant le domaine d'expertise de chaque agence. Pour cela, une capacité d'expertise interne à l'État doit être maintenue, afin, à tout le moins, qu'il soit en mesure de faire procéder aux évaluations nécessaires et de solliciter des experts externes. Le numérique offre un exemple de domaine dans lequel les méthodes de travail, les outils et les technologies évoluent très rapidement, et dont les interdépendances et interfaces rendent difficile l'anticipation par l'État des conséquences d'un événement, même mineur, qui s'y rattacherait.

174 G. Berger, « Sciences humaines et prévision », *la Revue des deux mondes*, n° 3, février 1957.

175 M. Giandomenico, « Independent agencies and the delegation problem : theoretical and normative dimensions », *Political institutions and public policy*, Springer, 1997, p. 139-156 ; M. Thatcher, « Delegation to independent regulatory agencies : Pressures, functions and contextual mediation », *West European Politics*, 2002, vol. 25, n° 1, p. 125-147 ; D. Benamouzig et J. Besançon. « Administrer un monde incertain : les nouvelles bureaucraties techniques. Le cas des agences sanitaires en France », *Sociologie du travail*, vol. 47, n° 3, 2005, p. 301-322.

L'exercice est d'autant plus difficile que l'accélération, dans la période récente, des applications des découvertes scientifiques et techniques a parfois conduit à une mise en cause de l'expertise scientifique elle-même et de son autorité traditionnelle[176]. À cet égard, le climat de défiance généralisée qui se propage sur les réseaux sociaux n'épargne pas la parole scientifique[177]. Par exemple, dans la période récente, Santé publique France a dû exposer des dépenses de « référencement » dans les moteurs de recherche sur Internet, pour que son expertise propre sur les vaccinations obligatoires retrouve sa place, devant les sites publiant des études concurrentes et qui étaient parmi les plus consultés.

Enfin, l'utilisation de l'expertise scientifique est toujours conditionnée par la question posée et l'objet précis sur lequel elle se prononce.

Le défi de la transversalité des menaces et de la comparabilité de risques de natures différentes peut être appréhendé par des instruments politiques comme par exemple la démarche de *National Risk Assessment* (NRA) en cours depuis 2005 au Royaume-Uni. Il n'existe pas de dispositif équivalent en France.

La démarche de *Risk Assessment* du Gouvernement du Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a connu au tournant des années 2000 une conjonction de crises majeures dans différents domaines – inondations, épidémie de fièvre aphteuse, et grèves importantes – qui ont conduit le gouvernement à ouvrir une réflexion de long terme sur la façon dont les risques étaient appréhendés et gérés par les pouvoirs publics. À la suite de la remise d'un rapport important en 2002[178], une série d'instruments a progressivement été mise en place. Il s'agit de documents évaluant les risques à des horizons temporels différents et qui font l'objet de réactualisations à échéance régulière. Leur principal apport consiste à classer des risques de nature très différente selon un double critère d'impact et de fréquence évalué sur une échelle commune. Lors de leur réactualisation, ils sont présentés au Premier ministre, qui y accorde une importance particulière depuis leur création. Quatre documents peuvent être distingués:

- le *Horizon-Scanning Risk Assessment*[179], réactualisé tous les trois mois, évalue les risques susceptibles de survenir dans un horizon de six à douze mois ;

- le *National Risk Assessment* (NRA), actualisé tous les ans, permet de projeter l'évaluation des risques à un horizon de cinq ans[180] ;

(...)

176 C. Birraux et J-Y. Le Deaut, « L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques », *OPECST*, 2012.

177 À titre d'illustration, les sites internet de critique d'articles scientifiques déjà publiés – par exemple PubPeer – conduisent, notamment par l'anonymat des contributeurs, à critiquer la légitimité de revues scientifiques.

178 Cabinet Office, *Strategy Unit Report, Risk : improving government's capability to handle risk and uncertainty*, novembre 2002.

179 Pour plus de précisions, v. OCDE, *National Risk Assessments. A cross country perspective*, 2017, p. 45.

180 À titre d'exemple, la version publique de l'actualisation 2017 répertoriait et évaluait 28 risques allant de la mauvaise qualité de l'air aux pandémies, en passant par les accidents de transports et la

(...)

- le *National Security Risk Assessment*, réactualisé tous les cinq ans, a pour objectif de synthétiser les enjeux de résilience plus stratégiques à un horizon de cinq à vingt ans ;

- le *Climate Change Risk Assessment,* actualisé tous les cinq ans, est un document se projetant à plus long terme (au-delà de quatre-vingts ans) et évaluant les risques liés au changement climatique.

■ ***L'insuffisante connaissance du terrain***

Le défi de l'expertise dépasse le seul cas des activités économiques et technologiques. Il concerne plus généralement les connaissances nécessaires à la production de l'action publique en général. Le constat n'est pas nouveau. Il porte sur la difficulté du niveau central de l'État, où sont élaborées les politiques publiques et les réglementations, à faire remonter l'information des services déconcentrés, où elles sont mises en œuvre et où les difficultés concrètes apparaissent[181]. Les exemples sont nombreux de cas où, comme en matière de transport routier, une réglementation inadaptée a incité certains opérateurs à recourir à la fraude, ayant elle-même entraîné des accidents, à la suite de quoi son caractère contraignant a été renforcé dans ce qu'il est convenu d'appeler un « cercle vicieux »[182].

Or, la réorganisation des services déconcentrés de l'État menée au cours des dernières années – regroupements et régionalisation, réduction des effectifs – les a en général éloignés des acteurs locaux avec lesquels ils entretenaient des échanges réguliers, qui leur permettaient d'avoir une connaissance intime du terrain[183]. La multiplication des outils de pilotage, à partir de tableaux de bord et de nombreux indicateurs, a sans doute aussi réduit leur marge d'autonomie et d'initiative.

1.2.1.3. Les attentes du public vis-à-vis des décideurs publics

■ ***Une demande du public en matière de sécurité, qui est ancienne mais qui se renouvelle***

La sensibilité de la population au risque n'est pas un phénomène nouveau. Dès le XIXe siècle en effet peuvent être documentés des mouvements sociaux, très vifs, suscités par l'incertitude entourant certaines innovations, et la peur qu'elles suscitaient, ou certains aléas. De nombreux travaux l'illustrent, par exemple, en matière de peurs alimentaires[184], d'installation des gazomètres de ville[185] ou de risques professionnels[186]. L'intervention de l'État, par la réglementation et le contrôle, était alors de nature à rassurer à la fois le public, qui se sentait protégé contre le risque, et les entreprises, qui pouvaient poursuivre leur activité.

défaillance du réseau d'électricité.

181 M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Le Seuil, 1964.

182 J.-Cl. Thoenig et F. Dupuy, *Sociologie de l'administration française*, Armand Colin, 1983.

183 Ph. Bezes et P. Le Lidec, « L'hybridation du modèle territorial français », *Revue française d'administration publique*, vol. 136, n° 4, 2010, p. 919-942.

184 M. Ferrières, *Histoire des peurs alimentaires. Du Moyen Âge à l'aube du 20e siècle*, Le Seuil, 2002.

185 J.-B. Fressoz, *L'apocalypse joyeuse*, Le Seuil, 2012.

186 F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986.

Dans la période récente, les transformations majeures décrites plus haut ont créé un contexte nouveau pour l'action publique et pour la société tout entière. D'un côté, la capacité des pouvoirs publics à maîtriser ces nouveaux risques a suscité des interrogations, allant parfois jusqu'au discrédit. D'un autre côté, alors même que les comportements individuels à risque demeurent (conduite automobile, consommation d'alcool et de tabac, etc.), le public semble être devenu réfractaire à toute forme de danger venant de l'extérieur. Sans doute l'abondance de biens, l'allongement de l'espérance de vie, ainsi que le développement des mécanismes d'assurance, y sont pour quelque chose. D'une société à l'autre, l'aversion au risque peut d'ailleurs varier : ainsi, si la controverse sur les organismes génétiquement modifiés (OGM) a pris beaucoup d'ampleur en France, contrairement aux États-Unis où ils sont bien acceptés, c'est l'inverse en ce qui concerne les risques liés à l'utilisation du diesel.

■ ***Une perception parfois déformée des attentes du public en matière de sécurité***

La demande de sécurité du public est parfois mal appréhendée par les pouvoirs publics. Croyant satisfaire sa demande, ils adoptent des mesures destinées à prévenir une menace présentée comme sérieuse, alors même qu'elle n'est pas scientifiquement démontrée – ce qui a pour effet de donner du crédit à cette menace.

Ainsi, le discours public semble reprendre à son compte certaines idées reçues, comme la demande d'un « risque zéro », prêter au public des attitudes incohérentes, comme le refus des antennes-relais par les utilisateurs mêmes de téléphones portables ou encore une grande crédulité vis-à-vis de discours complotistes, en matière de vaccins par exemple. On entend souvent déplorer le caractère irrationnel de l'opinion publique, son manque de culture scientifique et l'emprise qu'exercent sur elle certains meneurs, *via* les réseaux sociaux. Cette perception peut d'ailleurs être entretenue par l'effet des médias et de l'information continue et l'utilisation des sondages. Et dans certains cas, le résultat obtenu peut être à l'inverse des effets recherchés : on peut penser, par exemple, à l'échec de la campagne de vaccination contre le virus H1N1 en 2009 et 2010[187].

Or, les recherches en sciences sociales ont depuis longtemps montré que la réalité était différente. Ainsi, pour prendre quelques exemples, il a été observé qu'en cas de crise ou de catastrophe, les populations paniquaient rarement – mais faisaient au contraire montre d'une grande rationalité dans les comportements adoptés[188]. Des recherches ont montré également des écarts entre le risque tel qu'il est perçu par le public ou les experts[189], ceux-ci pouvant d'ailleurs être divisés selon leurs disciplines[190]. La pondération du bénéfice et du risque peut en outre différer selon qu'elle se fait au niveau individuel ou collectif[191]. D'autres recherches ont encore souligné l'existence de décalages entre perceptions et comportements : des scientifiques

187 Thèse soutenue par J. Ward, *Les vaccins, les médias et la population : une sociologie de la communication et des représentations des risques*, Sorbonne Paris Cité, 2015.

188 E. L. Quarantelli, *The sociology of panic*, *Disaster Research Center University of Delaware*, 2001.

189 P. Slovic, « Perception of risk », *Science*, 236.4799, 1987, pp. 280-285 ; P. Slovic, *The perception of risk*, Routledge, 2016.

190 C. Marris, I. Langford, et T. O'Riordan, « A quantitative test of the cultural theory of risk perceptions : Comparison with the psychometric paradigm », *Risk analysis*, vol. 18, n° 5, 1998, p. 635-647.

191 O. Borraz et P. Quénel, « La suspension de la campagne de vaccination scolaire contre l'hépatite B » dans M. Setbon (ed.), *Risques, sécurité sanitaire et processus de décision*, Elsevier, 2004, p. 38-54.

pouvaient à la fois estimer le risque sanitaire lié à la consommation de bœuf faible au moment de la crise de la vache folle et par ailleurs réduire significativement leur propre consommation de viande bovine[192]. Enfin, des recherches dans plusieurs pays européens, ont montré, à propos des OGM[193] et des nanotechnologies[194], que l'opinion publique ne demandait pas le risque zéro, mais attendait plutôt que leur introduction soit accompagnée de dispositifs de suivi, capables de détecter le risque à temps et si nécessaire de revenir sur les décisions prises en amont.

Il résulte de ces travaux de recherche que la notion de perception des risques par le public doit être maniée avec circonspection[195]. C'est souvent l'excès de prudence qui domine chez les décideurs publics, car elle leur permet de réduire leur propre risque. Outre qu'il peut aboutir à ce que de mauvaises décisions soient prises, il a pour effet de déresponsabiliser les individus, en maintenant les pouvoirs publics dans une position d'« instituteur du social »[196]. On pourrait légitimement attendre des décideurs publics la rationalité dont ils déplorent l'absence chez une partie de la population.

■ ***Une demande de sécurité dont les causes sont réelles***

Malgré la perception biaisée que peuvent en avoir les décideurs publics, il existe bien une demande de sécurité du public. Elle doit toutefois être replacée dans un ensemble d'évolutions plus profondes. L'une des caractéristiques de la « société du risque »[197] tient en effet à l'effritement des structures de solidarité traditionnelles qu'étaient la famille, l'Église, les syndicats, la communauté. Or, avec les effets du chômage ou de la précarité et la montée des inégalités, les individus font de plus en plus souvent l'expérience d'une vulnérabilité économique et sociale, résumée par la notion d'« insécurité sociale »[198], qui nourrit une demande de sécurité adressée à l'État. Cependant, lorsque les individus se tournent vers l'État pour assurer leur protection, ils font souvent l'expérience d'un manque de moyens et parfois même de défaillances, qui augmentent leur sentiment de vulnérabilité.

Des recherches se sont intéressées aux territoires dans lesquels émergeaient des mobilisations autour d'activités à risque. Elles ont montré, à propos des antennes-relais de téléphonie mobile[199] ou en matière de sécurité publique[200], des phénomènes d'accumulation des risques dans certaines parties du territoire délaissées par l'État.

192 J. Raude et autres, « Scientist and public responses to BSE-related risk : A comparative study », *Journal of Risk Research*, 8.7-8, 2005, p. 663-678.

193 C. Marris et autres, « Public perceptions of agricultural biotechnologies in Europe », *Final report of the PABE research project*, 2001, p. 5.

194 P.-B. Joly et A. Rip, « A timely harvest », *Nature,* 450.7167, 2007, p. 174.

195 P. Peretti-Watel, *Sociologie du risque*, Armand Colin, 2000.

196 P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, 2015.

197 U. Beck, *La société du risque,* « Champs », Flammarion, 2001 ; A. Giddens, *Les conséquences de la modernité,* L'Harmattan, 1994.

198 R. Castel, *L'Insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Le Seuil, 2013.

199 O. Borraz, M. Calvez, « Les signalements profanes de clusters de cancers : épidémiologie populaire et expertise en santé environnementale », *Sciences sociales et santé*, vol. 27, n° 2, 2009, p. 79-106.

200 Institut d'aménagement et d'urbanisme de la région d'Île-de-France, Mission Études sécurité, Conseil régional, Île-de-France, *Victimation & sentiment d'insécurité en Île-de-France : rapport final de l'enquête de 2011*, IAU Île-de-France, 2013 ; R. Zauberman et autres, « Victimation et insécurité en Île-de-France », *Revue française de sociologie*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 111-153.

■ ***Les attentes du public en matière de relations avec l'administration***

La demande de sécurité que le public, y compris les entreprises, adresse à l'État concerne aussi la clarté et la stabilité des règles applicables et des conditions financières dans lesquelles chacun peut mener à bien ses projets. La consécration du principe de sécurité juridique[201] traduit cette préoccupation.

Plus largement, les relations entre le public et l'administration ont été marquées au cours des dernières années par une demande sociale forte en faveur de plus d'efficacité, de rapidité et de souplesse. L'élévation du niveau d'éducation du public, moins enclin à se soumettre spontanément à l'administration, et la circulation des idées, facilitées par la mondialisation et l'accès à l'Internet, ont favorisé cette évolution. Le principe selon lequel la société a le droit de « *demander compte à tout agent public de son administration* », qui figure à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et auquel fait écho la notion anglo-saxonne d'*accountability*, semble être devenu plus présent dans l'esprit du public. Les grandes réformes des années 1970 en matière de motivation des actes[202] et d'accès aux documents administratifs[203] avaient commencé à répondre à cette demande. Conformément aux principes de déconcentration et de décentralisation, les décisions sont prises au plus près du citoyen[204]. Et, désormais, le silence gardé par l'administration vaut, en principe, acceptation de la demande[205]. Dans ce système, l'administration est poussée à agir si elle ne veut pas que le simple écoulement du temps aboutisse à accorder une décision favorable au demandeur.

Une nouvelle étape est en train d'être franchie. Elle devrait être encore renforcée, dans un avenir proche, avec la consécration d'un droit à l'erreur, d'un droit au contrôle, ou avec le développement du rescrit, ou encore avec des politiques publiques fondées sur des obligations de résultats plutôt que de moyens[206]. Sur fond de révolution numérique, ces changements manifestent que les citoyens veulent davantage d'autonomie et de marges de liberté dans leurs relations avec l'administration.

Ces attentes du public, qui sont fortes, se combinent avec l'obligation, pour les pouvoirs publics, de respecter le principe de précaution, qui a été consacré dans notre droit.

---

201 Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, la Documentation française, 2006 ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres*, n° 288460.

202 Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, aujourd'hui codifiée au code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

203 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, aujourd'hui codifiée au CRPA.

204 Décret n° 97-34 du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles.

205 Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, aujourd'hui codifiée au CRPA.

206 Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance.

1.2.1.4. Le principe de précaution

■ ***La consécration du principe de précaution dans le droit européen et national***

Certains risques sont entourés d'une telle incertitude, quant à leur existence et à la réalité de leurs effets, que les instruments de prévention traditionnellement utilisés par l'administration se révèlent inadaptés. En effet, en l'absence de certitude, une réglementation ou une mesure de police manquerait de justification.

C'est pourquoi, afin de parer à cette situation en matière d'environnement et d'anticiper les conséquences potentielles de risques non encore étayés scientifiquement mais suffisamment identifiables, le principe de précaution a été introduit dans le droit positif – en trois étapes qui correspondent à autant de niveaux distincts dans la hiérarchie des normes.

Le principe a d'abord été reconnu en droit international, dans la lignée de la Déclaration de Rio de 1992 (principe n° 15) et est consacré par le droit de l'Union européenne (UE) dès le Traité de Maastricht. Il est actuellement mentionné à l'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur./ Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union* ».

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qu'un État membre peut, 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. Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour l'environnement ou la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives[207]. Le Tribunal de l'Union européenne (TUE) regarde même le principe de précaution comme un principe général du droit de l'Union européenne (UE)[208].

De son côté, la Commission européenne, dans une communication sur le recours au principe de précaution adoptée le 2 février 2000, a rappelé les principes que doivent respecter les mesures de précaution et a entendu « *dissiper une confusion*

207 CJUE, 5 mai 1998, *National Farmers'Union et autres*, C-157/96 ; CJUE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, C-180/96 ; CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, C-333/08.
208 TUE, 26 novembre 2012, *Artegodan et autres c/ Commission*, T-74/00 et a.

qui existe entre l'utilisation du principe de précaution et la recherche d'un niveau zéro de risque qui, dans la réalité, n'existe que rarement ». Le Parlement européen y a également consacré une analyse approfondie en décembre 2015[209].

Le droit de l'UE a ainsi fortement contribué à acclimater le principe de précaution dans notre droit interne.

La loi dite « Barnier »[210] a ensuite consacré le principe en droit interne, au niveau législatif. Il figure d'ailleurs toujours à l'article L. 110-1 du code de l'environnement, aux côtés d'autres principes dont certains sont désormais consacrés dans la Charte de l'environnement, mais d'autres encore sont plus récents, tel le principe de non-régression.

En vertu de cet article, le principe de précaution veut que « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».

Le juge administratif avait admis l'invocabilité de ces dispositions législatives à l'encontre des actes administratifs, alors même qu'elles renvoyaient à d'autres dispositions législatives complémentaires pour définir la portée des autres principes énoncés dans le code de l'environnement[211].

La dernière étape a consisté dans la constitutionnalisation du principe en 2005[212], à l'article 5 de la Charte de l'environnement, sous la formulation suivante : « *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* ». Il a, « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement* », valeur constitutionnelle[213] – la seule question restant à trancher étant celle de savoir si le principe peut être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel ayant jusqu'à présent réservé la question[214].

Il existe donc trois expressions du principe qui ont valeur de droit positif dans notre ordre juridique. Elles ont en commun d'être limitées au domaine de l'environnement, même si le lien avec la santé a été établi par la jurisprudence,

209 D. Bourguignon, *Le principe de précaution – Définitions, applications et gouvernance*, Services de recherche du Parlement européen, décembre 2015.

210 Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

211 CE, Sect., 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, n° 194348 ; CE, 28 juillet 1999, *Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension » et autres*, n° 184268.

212 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

213 CC, déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* ; CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931.

214 CC, déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*.

tant européenne que nationale[215] : le principe s'applique ainsi en cas de risque, soit de dommage grave et irréversible pour l'environnement, soit d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé.

La jurisprudence a toutefois donné une interprétation aussi homogène que possible du principe. En effet, d'une part, le Conseil d'État tend à faire masse de l'article 5 de la Charte et de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, en considérant que le second doit être interprété comme une mise en œuvre du premier[216]. D'autre part, le Conseil d'État a souligné la parenté du principe de précaution consacré par le droit de l'UE avec le droit constitutionnel national dans les termes suivants : « *ce principe, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, garantit l'effectivité du respect du principe de précaution énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement* »[217].

■ ***Une application raisonnable du principe de précaution par les juridictions suprêmes***

Tel qu'il résulte des textes précités et de la jurisprudence, le principe de précaution a donc un double visage.

En premier lieu, il impose aux autorités publiques d'agir, d'une part, par des mesures d'évaluation des risques, d'autre part, par des mesures provisoires de précaution, lorsque ses conditions d'application sont remplies : sous cet angle, il peut être invoqué devant les juridictions pour dénoncer l'insuffisance des mesures prises, voire la carence pure et simple de l'autorité compétente.

En second lieu, il libère l'autorité compétente d'avoir à faire état, lorsqu'elle prend des mesures de précaution, d'une certitude quant à la réalité des risques allégués. Sous cet angle, il est généralement invoqué par l'auteur des mesures de précaution – moratoire, interdiction, refus d'autorisation etc. – pour se défendre face à des moyens tirés d'une atteinte à des droits et libertés, invoqués par des acteurs « subissant » les mesures prises, qui constitueraient une « sur-précaution ».

Quand l'insuffisance de précaution est invoquée, par exemple par des associations, tant au niveau européen qu'au niveau national, le juge vérifie si les actes des autorités compétentes prennent suffisamment en compte le principe de précaution, tout en leur laissant une importante marge d'appréciation à cet égard.

En ce qui concerne les juridictions de l'UE, on peut citer comme exemple le recours des autorités françaises contre un règlement de la Commission dont il était soutenu qu'il méconnaissait le principe de précaution en adoptant des mesures d'éradication moins contraignantes que celles prévues antérieurement pour prendre en compte les risques liés aux encéphalopathies spongiformes transmissibles[218].

---

215 CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier* « *Les Hauts de Choiseul* », n° 328687 ; CE, 30 janvier 2012, *Société Orange France*, n° 344992 ; CE, 8 octobre 2012, *Commune de Lunel*, n° 342423 ; CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409.

216 Voir arrêt *Association coordination interrégionale stop THT et autres* préc.

217 CE, 1er août 2013, *Association générale des producteurs de maïs (AGPM) et autres*, n° 358103.

218 TUE, 3e chambre élargie, 9 septembre 2011, *France c/ Commission*, T-257/07.

De son côté, le Conseil constitutionnel juge qu'« *il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* »[219]. Pour reprendre les termes du commentaire de la décision aux *Cahiers* du Conseil constitutionnel : « *Le principe de précaution implique l'interdiction, pour le législateur, d'adopter des mesures qui, en elles-mêmes, enfreindraient le principe de précaution et une obligation positive, ou procédurale, consistant à organiser les conditions propres à permettre le respect et la mise en œuvre du principe de précaution par les autres autorités publiques* ».

Quant au Conseil d'État, il a jugé, par exemple, que la méconnaissance des dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement peut être utilement invoquée pour critiquer l'exclusion, par un décret relatif aux mesures à prendre pour protéger la population contre les risques liés à la présence de poussière d'amiante dans l'air à l'intérieur d'immeubles bâtis, de toute définition d'une valeur dite de gestion pour les fibres courtes d'amiante – cette abstention n'étant pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation « *dans l'attente d'éléments complémentaires ainsi que du développement de nouveaux moyens techniques* »[220].

Le contrôle de la « sur-précaution », moyen généralement invoqué par des acteurs économiques, apparaît quant à lui plus complexe.

D'une manière générale, il semble possible d'affirmer que les actes de nature « législative », tant au niveau national qu'au niveau européen, bénéficient, dans leur sphère propre, d'une assez grande liberté pour prendre des mesures de précaution. Ainsi, tant la CJUE, vis-à-vis des actes du législateur européen, que le Conseil constitutionnel, vis-à-vis des lois nationales, admettent assez aisément l'intervention de mesures de précaution. Ces juridictions considèrent en effet qu'elles n'ont pas à jouer les juges de paix dans les controverses scientifiques et qu'elles doivent laisser une grande marge d'appréciation en la matière aux autorités compétentes.

Il est intéressant de souligner la spécificité de l'approche du Conseil constitutionnel, qui, jusqu'à présent, n'a pas éprouvé le besoin de mobiliser le principe de précaution pour justifier l'admissibilité de mesures restrictives prises dans un contexte d'incertitude scientifique. En d'autres termes, on peut dire que sa jurisprudence intègre la logique de précaution sans se fonder expressément sur le principe lui-même[221].

Par exemple, alors que le Conseil d'État lui avait expressément renvoyé la QPC sur ce terrain[222], le Conseil constitutionnel ne s'est pas fondé sur le principe de précaution pour justifier, dans son cadre d'analyse habituel, l'atteinte à la liberté

219 CC, déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 préc. ; voir aussi CC, déc. n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (CETA)*.

220 CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos France et autres*, n° 351514.

221 Valérie Goesel-Le Bihan, « Le Conseil constitutionnel «botte-t-il en touche» lorsqu'il ne statue pas sur le grief tiré de la violation de l'article 5 de la Charte de l'environnement ? », *RFDA*, 2017, p. 1047.

222 CE, 17 juin 2015, *Association Plastics Europe*, n° 387805.

d'entreprendre invoquée à l'encontre de la suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du bisphénol A[223].

Témoigne aussi de ce que le Conseil constitutionnel est réticent à ériger l'article 5 de la Charte en norme de contrôle de la « sur-précaution » sa jurisprudence à propos des mesures d'interdiction pérennes de certaines activités : il estime en effet inopérante l'invocation du principe de précaution, compte tenu de ce que celui-ci appelle en principe des mesures provisoires, et contrôle la proportionnalité de ces interdictions dans son cadre traditionnel d'analyse[224].

On peut donc dire qu'une « logique de précaution » imprègne la jurisprudence de la CJUE et du Conseil constitutionnel, qui s'y sont d'autant mieux adaptés qu'elle rejoint leur réticence traditionnelle à s'immiscer dans des débats scientifiques. La consécration expresse du principe de précaution a certainement conforté cette attitude, mais elle se serait sans doute développée sans cela.

Par contraste, une fois que le cadre normatif est tracé au niveau législatif, où doit s'opérer la conciliation entre objectifs antagonistes, la possibilité d'invoquer le principe de précaution pour justifier des mesures restrictives, de nature réglementaire ou individuelle, est très limitée.

Cela se manifeste dans le cas des mesures nationales par lesquelles les États membres de l'UE souhaitent aller au-delà de la réglementation européenne dans un domaine harmonisé[225], mais aussi dans le cas où des autorités administratives souhaitent mettre en œuvre à des fins de précaution les pouvoirs qui leur sont conférés par une législation particulière[226].

À cet égard, le Conseil d'État applique lui aussi le principe de précaution comme il appliquerait le principe de prévention. Comme l'indiquait un rapporteur public : « *des risques purement hypothétiques, dépourvus de vraisemblance ou de consistance, ou qui ne sont pas étayés et documentés sur le plan scientifique, ne sauraient justifier la mise en œuvre du principe de précaution* »[227]. Et, par exemple, la décision par laquelle il a enjoint au Premier ministre de prendre les mesures nécessaires pour respecter les contraintes en matière de pollution de l'air a certes une importance sur le plan de l'environnement mais ne témoigne pas d'une innovation particulière au regard du contrôle juridictionnel habituel[228].

223 CC, déc. n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe*.

224 CC, déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*, à propos de l'interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures ; CC, déc. n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié.*

225 V. CE, 28 novembre 2011, *Société Monsanto SAS et autres*, n° 313605, en matière d'OGM.

226 V. CE, 30 janvier 2012, *Société Orange France*, n° 344992, en matière d'urbanisme.

227 Concl. d'A. Lallet sur l'affaire *Association coordination régionale stop THT et autres* préc.

228 CE, 12 juillet 2017, *Association des amis de la Terre*, n° 394254.

Le principe de précaution dans d'autres traditions juridiques[229]

Originellement, le principe de précaution est apparu en droit allemand dans les années 1970, sous la dénomination de *Vorsorgeprinzip*, auquel la Cour de Karlsruhe, dans une décision du 8 août 1978 en matière de nucléaire, a donné valeur constitutionnelle le liant au droit à la vie de l'article 2 de la *Grundgesetzt*. Toutefois, la Cour a reconnu un « risque résiduel » que la population devait accepter, car « *exiger de la législation qu'elle exclue de façon certaine toute atteinte à un droit fondamental rendrait impossible l'octroi d'une autorisation par les autorités administratives* ». Depuis lors, le juge constitutionnel allemand a jugé qu'une loi fédérale obligeant tout apiculteur cultivant des plantes génétiquement modifiées à verser réparation en cas de contamination d'une récolte voisine portait à la liberté d'exercer une activité professionnelle une atteinte qui était justifiée par un motif d'intérêt général : compte tenu de l'incertitude existant sur l'état des connaissances scientifiques sur les conséquences à long terme de l'utilisation du génie génétique, le législateur est tenu à une obligation de précaution particulière dans l'exercice de la fonction législative[230]. Au total, le juge se limite à vérifier que la décision publique est fondée sur une information suffisante et sur des suppositions non arbitraires.

En Belgique, la Cour constitutionnelle a consacré le principe de précaution en 2009, à propos d'une ordonnance du législateur régional abaissant, en deçà du niveau de la législation fédérale, le niveau d'exposition au rayonnement des antennes-relais de téléphonie mobile, en le rattachant à l'article 2 de la Constitution, lequel affirme le droit à un environnement sain[231]. Elle n'a pas pour autant censuré, depuis lors, une réglementation relevant ce seuil[232].

Le principe de précaution n'est en revanche consacré comme tel ni aux États-Unis, ni au Royaume-Uni ; dans ce dernier pays, toutefois, le cadre européen est jusqu'à maintenant applicable.

■ ***Un principe qui ne fait pas obstacle à l'innovation***

Le principe avait pu susciter la crainte que, appliqué de manière extensive, il empêche, au nom d'un doute non encore étayé scientifiquement, la recherche et l'innovation et qu'il nuise ainsi à l'activité économique. On redoutait en outre qu'il conforte les décideurs publics dans une attitude de prudence excessive et *in fine* paralyse l'action publique.

Ce dilemme avait été bien posé par les auteurs des travaux ayant précédé l'introduction du principe de précaution dans la Constitution : « *Le principe de précaution est entre les mains du législateur, de l'autorité réglementaire et du juge qui peuvent, à notre avis, en faire la meilleure ou la pire des choses : la meilleure, s'ils parviennent à mettre en place des mesures améliorant réellement la sécurité des citoyens, tout*

229 V. Chiu, « Les cours constitutionnelles européennes et le principe de précaution », *RFDA*, 2017, p. 1055.

230 Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 24 novembre 2010.

231 Décision de la Cour constitutionnelle belge du 15 janvier 2009.

232 Décision de la Cour constitutionnelle belge du 27 janvier 2016, n° 12/2016.

en évitant l'écueil d'une démission générale devant toute prise de risque ; la pire s'ils le transforment en un carcan excluant toute souplesse et décourageant les initiatives nécessaires à l'innovation et au progrès »[233]. De même, le Conseil d'État avait prévenu qu'« *une utilisation trop extensive [du principe de précaution] pourrait, si l'on n'y prend garde, rendre l'administration pusillanime à terme, et ruiner les fondements du régime de la responsabilité de la puissance publique, qui visait à rendre l'administration à la fois courageuse, efficace et responsable* »[234].

Et il est vrai que des décisions de juridictions du fond, mais qui ont ensuite été annulées par la Cour de cassation[235], ont pu donner initialement du crédit à cette thèse. Sur le moment, elles ont entraîné des incertitudes juridiques et ont présenté de graves inconvénients pour les activités de recherche menées en France. De ce fait, elles ont fortement marqué les esprits.

Toutefois, tant la lettre du texte de l'article 5 de la Charte de l'environnement – qui fait du principe de précaution, ainsi qu'il a été dit, un principe d'action, obligeant les pouvoirs publics à prendre des mesures pour lever l'incertitude, en faisant en sorte que des études soient menées, et à parer à la réalisation du risque potentiel, par des mesures provisoires proportionnées – que l'application raisonnable qu'en ont faite les juridictions suprêmes ont levé toute hypothèque. Comme on a pu l'écrire : « *l'incertitude requiert (…) que soient mobilisées des connaissances et des compétences variées, et que les décisions et leur suivi soient inscrits dans des cadres rigoureux. L'exercice de la précaution doit se traduire par le respect d'un jeu de procédures. Au dicton : ''Dans le doute, abstiens-toi'', le principe de précaution substitue l'impératif : ''Dans le doute, mets tout en œuvre pour agir au mieux''* »[236].

Ainsi, contrairement à une idée répandue, le principe de précaution ne s'oppose pas aux exigences de la recherche et de l'innovation[237]. Et, si le principe de précaution a été invoqué dans le débat, l'interdiction de toute prospection ou exploitation du gaz de schiste[238] n'a pas été édictée en application du principe de précaution mais a résulté principalement d'un choix politique.

En outre, il peut conduire à ce que les mesures prises soient levées au bout du compte, en fonction des résultats des études menées – même s'il est vrai qu'il peut y avoir une difficulté particulière, en cette matière, à revenir en arrière.

L'idée reste toutefois répandue que le principe de précaution pénalise la recherche et l'innovation. Il serait peut-être disproportionné, au regard de la portée juridique

233 Ph. Kourilsky, G. Viney, *Le principe de précaution : rapport remis au Premier ministre*, la Documentation française, décembre 2000.

234 Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, la Documentation française, 2005.

235 Cass. Crim., 5 mai 2015, n° 14-83738 annulant un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 14 mai 2014.

236 Ph. Kourilsky, G. Viney, *Le principe de précaution : rapport remis au Premier ministre*, la Documentation française, décembre 2000.

237 Rapport de l'OPESCT, *Le principe d'innovation*, novembre 2014.

238 Loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique ; loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

réelle du principe de précaution, de vouloir le contrebalancer par l'inscription, dans la Constitution, d'un principe d'innovation. Il importe plutôt, afin de dissiper les malentendus qui peuvent subsister, sans remettre en cause le principe de précaution, d'en clarifier la portée auprès des acteurs concernés (juges, autres agents publics, élus, citoyens, médias...).

1.2.2. Les décideurs publics peuvent souvent être portés, dans ce contexte, à prendre peu de risque, au détriment de l'intérêt général

1.2.2.1. La crainte d'être mis en cause personnellement, notamment sur le plan pénal

Lorsqu'il agit, le responsable public s'expose au risque de voir sa responsabilité personnelle engagée, sur le plan civil, disciplinaire, pénal et financier. Dans cet ensemble, le risque pénal est fortement ressenti et constitue sans doute un frein à l'action publique.

■ ***Faute de service, faute personnelle et faute disciplinaire***

La possibilité de demander au juge administratif de retenir la responsabilité du service, pour faute, est, ainsi qu'il a été dit plus haut, favorable à l'indemnisation des victimes. La reconnaissance de la faute du service constitue également une protection pour les agents – qui peuvent se sentir plus libres d'agir, sans craindre d'être mis en cause personnellement. Il reste que cette faute, quoique non individualisée, trouve son origine dans les agissements des agents d'un service, ce qui peut constituer, pour eux, un premier type de risque. La mise en cause du fonctionnement du service, avec parfois de graves conséquences pécuniaires pour la collectivité[239], peut entraîner en effet un préjudice de réputation et, notamment pour les cadres dirigeants, avoir un effet sur le déroulement de la carrière.

La responsabilité du service peut en outre, en vertu de la théorie du cumul[240], coexister avec la responsabilité personnelle de l'agent. La faute personnelle de l'agent peut même, dans certains cas, se détacher du service lorsqu'elle présente une gravité particulière et revêt un caractère inexcusable de sa part – comme le fait, pour le chef d'un service hospitalier, d'avoir gardé le silence sur une erreur commise dans son service, alors qu'un patient se trouvait dans un état grave[241], ou comme la violation, organisée et répétée, des règles applicables en matière de commande publique, par un agent exerçant des responsabilités d'encadrement, par ailleurs condamné pour prise illégale d'intérêts[242]. Dans tous les cas, l'engagement de la responsabilité personnelle de l'agent devant le juge civil constitue aussi un risque auquel il est exposé.

239 CC, déc. n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participation financière*, à propos de la contribution de 3 % sur les montants distribués.
240 CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595.
241 CE, 28 décembre 2001, *M. V.*, n° 213931.
242 CE, 23 décembre 2009, *M. G.*, n° 308160.

Enfin, pour les mêmes faits, la responsabilité disciplinaire de l'agent peut être mise en cause et peut se cumuler, le cas échéant, avec une sanction pénale[243] – sous réserve de respecter le principe de proportionnalité[244]. Même si les procédures disciplinaires restent peu nombreuses, la crainte qu'une décision malencontreuse sera retenue contre soi et portera préjudice à sa carrière ou à sa réputation peut inciter l'acteur public à un excès de prudence.

■ ***La responsabilité financière des ordonnateurs***

Peuvent être poursuivis devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)[245], comme gestionnaires publics, en cas de violation des règles de la dépense ou de la recette publique, les membres de cabinet ministériel, les militaires, les fonctionnaires et agents publics de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, et des établissements publics, ainsi que les administrateurs des organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Toutefois, si le code des juridictions financières fixe un montant minimal des amendes que la CDBF peut infliger, il ne fait pas obstacle à ce que la Cour décide, compte tenu notamment des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et des qualités de gestionnaire de la personne mise en cause, de ne pas lui infliger d'amende, alors même qu'elle a retenu l'existence d'une infraction[246]. Ne sont, en revanche, pas justiciables de la Cour les membres du Gouvernement, les maires, les présidents de conseil départemental ou régional, les présidents de groupements de collectivités territoriales et les autres élus locaux dotés de prérogatives exécutives, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions ou dans le cadre d'activités qui en constituent l'accessoire.

Il a été jugé par le Conseil constitutionnel que les membres du Gouvernement, collectivement responsables devant le Parlement dans les conditions prévues par la Constitution, et les exécutifs locaux, agissant sous le contrôle de l'organe délibérant de la collectivité, lesquels ne pouvaient en outre dégager leur responsabilité par un ordre écrit d'un supérieur hiérarchique, étaient placés dans une situation différente de celle des autres justiciables de la CDBF. La différence de traitement, dans la répression des manquements aux règles des finances publiques, n'était ainsi pas contraire au principe d'égalité[247]. Elle porte par ailleurs sur un ensemble d'infractions très hétérogène.

■ ***La soumission des agents publics aux règles communes en matière pénale***

Depuis l'abrogation en 1870 du système de la garantie des fonctionnaires prévue par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, l'engagement de la responsabilité pénale des agents publics est, peu ou prou, soumis aux règles de droit commun, de fond ou de procédure. Le dernier dispositif dérogatoire de portée générale, désigné sous l'expression impropre de « privilèges de juridiction », a été abrogé en 1993[248].

243 Art. 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
244 CE, 21 juin 2013, *M. El D.,* n° 345500.
245 Art. L. 311-1 et suiv. du code des juridictions financières.
246 CE, 17 octobre 2016, *Parquet général près la Cour des comptes*, n° 393519.
247 CC, déc. n° 2016-599 QPC du 2 décembre 2016, *Mme Sandrine A.*
248 Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 abrogeant les articles 681 à 688 du code de procédure pénale qui

L'application de la règle commune connaît bien entendu exceptions et nuances. Le président de la République[249], les ministres[250] les parlementaires[251] sont, à des degrés divers, soumis à des règles, de fond ou de forme, dérogatoires et protectrices trouvant leur fondement dans la Constitution. De même, d'autres catégories d'agents publics, tels les diplomates ou les militaires, voient la mise en œuvre de leur responsabilité pénale subordonnée à des conditions particulières en vertu de conventions internationales[252] ou de dispositions législatives[253]. De manière plus ponctuelle et dans un ordre d'idées un peu différent, certaines dispositions restreignant le champ de la responsabilité pénale sont spécifiquement applicables à certaines catégories d'agents. Il en est ainsi, par exemple, de celles du code de la sécurité intérieure et du code de la défense autorisant l'usage des armes par les policiers et les gendarmes dans des cas où les conditions de la légitime défense prévues par le code pénal ne sont pas réunies[254].

Au-delà de ces quelques règles, la qualité d'agent public de l'auteur de l'infraction est parfois un facteur d'aggravation de la répression. Elle constitue en effet une circonstance aggravante pour plusieurs crimes et délits de droit commun comme les violences, le vol, les atteintes à la liberté, les atteintes au secret des correspondances ou encore les discriminations. Elle est en outre l'élément constitutif de plusieurs infractions qui ne peuvent être imputées qu'à des agents publics. Il en est ainsi, par exemple, de la concussion[255], la corruption passive[256], la prise illégale d'intérêt[257], la soustraction ou le détournement de fonds publics[258] et le favoritisme en matière de commande publique[259].

En ce qui concerne cette dernière infraction, l'intention étant caractérisée par la « *violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire* » selon la formule de la Cour de cassation et la connaissance de telles prescriptions étant présumée, la personne qui a méconnu les dispositions législatives ou réglementaires relatives aux contrats de commande publique est regardée par le juge pénal comme ayant agi intentionnellement[260].

À l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité, qu'elle n'a pas renvoyée au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a toutefois relevé « *que la personne ayant accompli un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des*

imposaient la désignation par la chambre criminelle de la juridiction susceptible de connaître de la responsabilité pénale de personnes titulaires de certains emplois, fonctions ou mandats publics.

249 Art. 67 et 68 de la Constitution relatifs à la Haute Cour.

250 Art. 68-1 à 68-3 de la Constitution relatifs à la Cour de justice de la République (CJR) ; un projet de loi constitutionnelle visant à supprimer la CJR a été présenté au conseil des ministres du 9 mai 2018.

251 Art. 26 de la Constitution relatif à l'irresponsabilité et l'inviolabilité des parlementaires.

252 Conventions de Vienne de 1961 et 1963 sur les privilèges et immunités diplomatiques.

253 Art. 698-1 du code de procédure pénale.

254 Art. L. 435-1 du code de la sécurité intérieure et L. 2338-3 du code de la défense.

255 Art. 432-10 du code pénal.

256 Art. 432-11 du code pénal.

257 Art. 432-12 et 432-13 du code pénal.

258 Art. 432-15 et 432-16 du code pénal.

259 Art. 432-14 du code pénal.

260 Cass. Crim., 14 janvier 2004 n° 03-83.396, B. n° 11.

candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, si elle ne saurait se prévaloir d'une ignorance de ces dispositions pour justifier son comportement, n'est pas déclarée responsable du délit à la condition qu'elle démontre, conformément aux prévisions de l'article 122-3 du code pénal, avoir cru, par une erreur de droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, avoir pu légitimement accomplir l'acte, ce qui laisse subsister l'élément moral exigé par l'article 121-3 du même code »[261].

Cet état du droit dissuade souvent les décideurs publics appelés à passer des contrats de commande publique, par peur du risque pénal, à utiliser toutes les marges d'innovation que leur offre pourtant la réglementation applicable, au profit de méthodes plus classiques. Une telle situation, qui est sans doute préjudiciable à l'intérêt général, appelle une réflexion plus approfondie qui, par sa sensibilité et son ampleur, dépasse le cadre de la présente étude.

Le délit de prise illégale d'intérêts est caractérisé quant à lui lorsque, en connaissance de cause, l'agent public concerné a pris, reçu ou conservé, « *directement ou indirectement, un intérêt quelconque* » dans l'opération ou l'entreprise dont il avait la charge. L'élément matériel du délit est ainsi largement conçu[262].

Pour le reste, les agents publics peuvent voir leur responsabilité pénale engagée, comme auteur ou complice, dans les mêmes conditions que les personnes privées. La profusion des infractions, souvent méconnues, qu'ils sont susceptibles de commettre contribue sans nul doute à alimenter la crainte du risque pénal. En effet, quelque 14 700 infractions sont recensées dans la nomenclature tenue par le ministère de la justice, dont 3 200 seulement, soit 20 %, font effectivement l'objet de poursuites.

Dans tous ces cas – que l'infraction reprochée soit ou non de celles exclusivement imputables à un agent public – la faute doit être appréciée à la lumière des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal. Cet article, qui n'avait pas d'équivalent dans le code pénal antérieur à la réforme de 1994, pose en principe qu'en l'absence d'indications contraires dans le texte spécial d'incrimination, un crime ou un délit n'est constitué que si son auteur a eu « *l'intention de le commettre* ». Selon la définition qu'en donne la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'intention suppose à tout le moins la « *violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire* »[263]. Mais ce principe souffre des exceptions. Ainsi, l'article 121-3 du code pénal dispose en ses deuxième et troisième alinéas que, « *lorsque la loi le prévoit* », un délit peut être constitué en cas de « *mise en danger délibérée d'autrui* »[264] ou de « *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* »[265].

261 Cass. Crim., 23 juillet 2014 n° 14-90.024.

262 Cass. Crim., 5 avr. 2018, n° 17-81.912, public. en cours : l'existence d'un lien d'amitié peut être constitutif de « l'intérêt quelconque » au sens de l'article 432-12 du code pénal.

263 V. notamment entre beaucoup d'autres Cass. Crim., 22 mars 2016, n° 15-84.849, B., n° 98, pour la violation des prescriptions de l'article L. 214-3 du code de l'environnement.

264 « Nouveau » code pénal de 1994.

265 Rédaction issue de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

■ ***Un « risque » de condamnation pénale désormais limité par une définition équilibrée de la faute***

La responsabilité pénale encourue pour les délits intentionnels, tels les violences ou les atteintes à la probité et aux libertés, ne prête guère à discussion si l'on excepte quelques questions circonscrites et récurrentes comme celle relative à la définition de l'élément intentionnel du délit de favoritisme. En réalité, les décideurs publics, qui sont chargés de prévenir la réalisation de certains risques, sont principalement exposés à voir leur responsabilité pénale engagée du chef des délits non intentionnels que sont les délits d'homicides et blessures involontaires prévus respectivement aux articles 221-6 et 222-19 du code pénal[266] – lesquels existaient dès avant le code pénal de 1994 (v. art. 319 et 320 anc.) – et le délit de risques causés à autrui prévu à l'article 223-1 du même code.

Quelques repères historiques sont utiles sur un sujet qui a déjà suscité réflexions et réformes législatives. Dans les années 1990, une succession de condamnations pour homicide ou blessures involontaires d'élus ou de fonctionnaires auxquels était reproché de n'avoir pas prévenu la survenance d'événements dramatiques – incendie des thermes de Barbotan, effondrement du stade de Furiani ou encore noyade d'enfants dans le Drac lors d'une sortie périscolaire – a suscité une vive émotion parmi les décideurs publics. Elles ont révélé l'inadéquation de la définition de la faute pénale d'imprudence ou de négligence alors conçue de manière très large et retenue même lorsque le lien avec le dommage était indirect[267]. Le législateur est alors intervenu à deux reprises pour cantonner le champ de la responsabilité pénale du chef de délits non intentionnels.

Tout d'abord, par une loi du 13 mai 1996[268], il a complété l'article 121-3 du code pénal afin de rappeler la nécessité d'apprécier dans tous les cas *in concreto* la faute d'imprudence ou de négligence de l'auteur des faits en prenant en compte « *la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Ces dispositions de portée générale, toujours en vigueur, ont été « déclinées » dans les textes statutaires relatifs aux fonctionnaires[269], aux militaires[270] ou encore aux chefs d'exécutifs locaux et à leurs délégataires[271] dans une formulation un peu plus directive, invitant le juge pénal à prendre en compte les « *difficultés propres aux missions que la loi leur confie* ». Ces dispositions, qui n'ajoutent guère à celles du code pénal, marquent la volonté appuyée du législateur que soient prises en compte les contraintes pesant sur les décideurs publics.

266 Par ailleurs, les atteintes involontaires à la personne constituent des contraventions prévues par les articles R. 622-1, R. 625-2 et 625-3 du code pénal lorsqu'elles n'ont pas entraîné d'incapacité de travail ou lorsque l'incapacité qui en est résulté est inférieure à trois mois.

267 V p. ex. : Cass. Crim., 18 novembre 1927 (S. 1928, I, 192) : « *si les articles 319 et 320 du Code pénal [221-6 et 222-19] punissent quiconque par maladresse, imprudence, négligence ou inobservation des règlements, aura été involontairement la cause d'un homicide ou de blessures, ils n'exigent pas que cette cause soit directe et immédiate* ».

268 Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

269 Loi n° 83-634 du 11 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 11 *bis* A.

270 Art. L. 4123-11 du code de la défense.

271 V. not. art. L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du code général des collectivités territoriales.

La modification apportée s'étant révélée insuffisante, le législateur est intervenu à nouveau par la loi du 10 juillet 2000, dite loi « Fauchon »[272]. Complétant à nouveau l'article 121-3 du code pénal, il a modulé la gravité de la faute susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur, qu'il soit ou pas un agent public, pour un délit non intentionnel, en fonction du caractère, indirect ou non, du lien de causalité entre cette faute et le dommage. Lorsque le lien de causalité est direct, une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale. En revanche, lorsque le lien de causalité est indirect – ce qui est toujours le cas lorsqu'il est reproché à un décideur, public ou privé, d'avoir insuffisamment exercé son pouvoir de direction ou de contrôle – la responsabilité pénale du décideur ne peut être engagée que par une faute, dite souvent « qualifiée », qui doit consister soit en la violation « *manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », soit en une faute « *caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité* » que le décideur « *ne pouvait ignorer* »[273].

Le nouveau dispositif, reposant sur une définition différenciée de la faute, paraît avoir produit les effets qui en étaient attendus. Sans entraîner un affaiblissement de la répression dans les domaines où cela n'apparaissait pas souhaitable – notamment dans celui de la circulation routière – il a permis de la restreindre dans des cas où elle apparaissait excessive, notamment en cas de mise en cause de la responsabilité pénale de décideurs publics. L'analyse des décisions rendues quelques années après l'entrée en vigueur de la réforme l'a confirmé[274] de même que le confirme celle de décisions plus récentes[275].

Faute d'outil statistique permettant de les isoler, le nombre de condamnations de ces derniers pour des délits d'imprudence ou de négligence ne peut être déterminé avec précision. Il apparaît toutefois, en l'état des quelques éléments d'appréciation disponibles, que ce nombre est faible. S'agissant des élus locaux

272 Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels faisant suite au rapport du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics, présidé par J. Massot et remis au garde des Sceaux le 16 décembre 1999.

273 Ainsi, à propos d'un véhicule automobile circulant à une vitesse excessive et équipé de pneumatiques lisses qui avait blessé des enfants suivant le défilé d'une fanfare municipale, une cour d'appel qui déclare le maire coupable de coups et blessures ne donne pas de base légale à sa décision en relevant à la charge du maire une obligation de sécurité prévue par la loi, sans préciser la source et la nature de cette obligation et en déduisant de ce manquement prétendu qu'il avait commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, sans rechercher en quoi ses diligences n'étaient pas normales au regard du troisième alinéa de l'article 121-3 du code pénal et adaptées aux risques prévisibles (Cass. Crim., 18 juin 2002, n° 01-86.539, B. n° 138).

274 V. étude de B. Cotte, président de la chambre criminelle, et de D. Guihal, conseiller référendaire, « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », *Dr. Pén*. 2006, étude n° 6.

275 À titre d'exemple, une faute qualifiée a été retenue à l'encontre du maire de la Faute-sur-Mer en raison de graves incuries à l'origine du décès de nombreuses personnes par noyade lors du passage de la tempête Xynthia (CA Poitiers, 4 avr. 2016, n° 16/00199 ; un pourvoi est pendant sur les intérêts civils) ou encore, à la suite d'un accident causé par le basculement d'un toboggan, à l'encontre d'un maire qui, contre l'avis de professionnels, avait personnellement décidé d'installer cet équipement sur un terrain en pente, à proximité d'obstacles (Cass. Crim., 28 juin 2016, n° 15-83.862). Dans de tels cas de figure, la faute retenue manifeste, à des degrés divers, une grave négligence ou imprudence justifiant l'engagement de la responsabilité pénale. Au contraire, une telle « faute caractérisée » n'a pas été retenue dans le cas du maire de Chamonix, à la suite de l'incendie du tunnel du Mont-Blanc en 1999, alors que, n'ayant pas sollicité, comme autorité de police, la réalisation d'exercices par les sapeurs-pompiers, il avait commis une « faute de négligence » (CA Chambéry, 14 juin 2007, n° 06-00245).

et des fonctionnaires territoriaux, il résulte du rapport de l'observatoire des risques de la vie territoriale, établi en 2017 par la Société mutuelle d'assurance des collectivités territoriales, que pour la période 2001-2014, le nombre total de condamnations pour atteintes involontaires à la personne s'est élevé à 51, soit à un peu moins de 4 par an en moyenne. S'agissant des condamnations prononcées à l'encontre des agents de l'État, l'ordre de grandeur n'est sans doute pas très éloigné.

Le délit de risque causé à autrui prévu par l'article 223-1 du code pénal est, quant à lui, strictement encadré à la fois par le législateur et la jurisprudence. Outre qu'il suppose un manquement manifestement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, il n'est constitué que si ce manquement « *a été la cause directe et immédiate d'un risque de mort ou de blessures graves auquel autrui a été exposé* », ce qui exclut toute répression en cas de risque hypothétique[276].

Au total, le nombre de condamnations de décideurs publics au regard de l'ensemble des condamnations qui peuvent être prononcées – de l'ordre de quelques centaines, sur plusieurs centaines de milliers de condamnations prononcées tous les ans – est faible[277].

Enquête sur la responsabilité pénale des agents civils de l'État de 1996 à 1999[78]

Pour la période écoulée entre le 1er janvier 1996 et le 30 juin 1999, donc antérieurement à la loi dite « Fauchon », on a recensé au total, pour environ 1,66 million agents des ministères civils, 1 270 mises en cause : 460 concernent des infractions spécifiques aux agents publics et 810 des infractions non spécifiques aux agents publics. Dans 811 cas, soit environ deux tiers du total, ces mises en cause pénale ont donné lieu à des suites. Et dans 364 cas, ces suites se traduisent par des condamnations. Ainsi, en moyenne, le nombre de condamnations, toutes infractions confondues, s'est élevé à environ 100 par an.

Ce tableau est à rapprocher du régime de la responsabilité pénale des agents publics dans d'autres États européens comparables.

276 Cass. Crim., 4 octobre 2005, n° 04-87.654, B., n° 250, à propos d'émanations comportant un taux de dioxyde de soufre supérieur au seuil d'alerte de la population.

277 Il n'est pas tenu compte, dans ce constat, du cas du personnel hospitalier, qui est spécifique et qui se pose d'ailleurs dans les mêmes termes dans le secteur privé.

278 DGAFP, *Point stat*, juillet 2000.

Le statut pénal des agents publics dans d'autres États européens

Dans certains États membres de l'Union européenne (UE), les décideurs publics sont soumis à un droit pénal spécifique en cas de faute intentionnelle. C'est le cas en particulier au Royaume-Uni où en cas d'abus de pouvoir les agents publics sont susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée du chef de l'infraction de « *misconduct in public office* ». Toutefois, dans la pratique, cette responsabilité n'est que très rarement mise en œuvre – elle a donné lieu en moyenne au cours de ces dernières années à une centaine de poursuites et une cinquantaine de condamnations par an. La recherche des responsabilités à l'occasion d'accidents importants ou de crise tend à prendre d'autres formes que la voie judiciaire, notamment l'organisation d'une enquête publique – *Public Inquiry* – dont la responsabilité est confiée par les autorités à une personnalité reconnue. En Allemagne et en Espagne, des peines aggravées ou spécifiques liées à la qualité d'agent public de l'auteur sont prévues par le code pénal pour certains délits, comme la corruption.

En ce qui concerne la responsabilité pénale des décideurs publics en cas de faute non intentionnelle, les États européens étudiés (Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Serbie et Suisse) présentent une certaine diversité. Dans une majorité d'entre eux, comme en France, les décideurs publics sont soumis au même régime que les décideurs privés. En Allemagne, par exemple, la responsabilité pénale des agents publics peut être mise en cause au titre d'infractions commises de manière non intentionnelle tels que l'homicide ou les blessures involontaires ou au titre d'atteintes à l'environnement[279]. S'appliquent alors les règles du droit commun qui supposent de démontrer la commission d'une faute personnelle de l'auteur de l'infraction. À titre d'exemple, dans l´affaire relativement récente de la *Love Parade* de Duisburg de 2010, au cours de laquelle vingt-et-une personnes sont décédées et des centaines d´autres ont été blessées à la suite d´un mouvement de panique lorsque la foule se trouvait dans un tunnel, unique accès au terrain d'une ancienne gare qui hébergeait le festival, le maire n'a pas été poursuivi, à défaut de faute commise personnellement, mais un procès, dont l'issue est incertaine, est en cours s'agissant des agents de la mairie ayant délivré personnellement l'autorisation.

Au contraire, dans d'autres États, des dispositions spécifiques sont applicables aux agents publics en matière d'infractions non intentionnelles, tantôt plus favorables, comme en Roumanie où il semble que la faute soit définie de manière un peu plus étroite, tantôt plus sévères, comme en Espagne où la sanction encourue est aggravée. De l'examen de la législation applicable dans la plupart des États de l'Union européenne, il résulte que l'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics est subordonné le plus souvent à un certain degré de gravité de la faute non intentionnelle qui a été commise. Toutefois, dans les États européens étudiés, comme en France, les données statistiques manquent pour mesurer précisément, par le nombre de poursuites et de condamnations, le risque pénal encouru spécifiquement par les décideurs publics.

279 Arrêt de la Cour de justice fédérale du 19 août 1992.

■ ***Un risque de « mise en cause » pénale sérieux et peu maîtrisable***

Si le risque de condamnation est limité par une définition raisonnable de la faute pénale, le risque de mise en cause est plus sérieux.

En effet, une atteinte à la vie ou l'intégrité physique des personnes, notamment pour des faits d'imprudence ou de négligence en matière de sécurité sanitaire, donne presque toujours lieu à l'ouverture d'une enquête par le procureur de la République. Certes, si l'infraction ne lui paraît pas constituée ou si « *les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* », le magistrat pourra, parfois très vite, décider une alternative aux poursuites ou, sans même que l'agent visé par la plainte ou la dénonciation ait été entendu comme suspect, un classement sans suite[280]. Toutefois, cette décision ne met pas nécessairement un terme à la procédure car, à l'instar du procureur de la République, les victimes – c'est-à-dire les personnes « *qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* » –, disposent elles-mêmes du pouvoir de mettre en mouvement l'action publique, autrement dit de déclencher les poursuites pénales[281]. Elles peuvent le faire, soit par une citation directe devant le tribunal correctionnel[282], soit par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile saisissant le juge d'instruction[283]. En outre, au-delà des victimes personnelles et directes, un certain nombre d'associations dites « privilégiées » ou « habilitées » dont la liste ne cesse de s'allonger[284] disposent également de ce pouvoir. Dans tous les cas, le juge d'instruction, saisi d'une plainte avec constitution de partie civile est obligé d'instruire[285]. En pratique, il est fréquent qu'en cas de classement sans suite ou en l'absence de décision du procureur de la République, les victimes prennent l'initiative des poursuites. Elles recherchent alors souvent moins l'indemnisation de leur préjudice – qui a d'ailleurs parfois déjà été assurée par un fonds créé à cet effet – que la déclaration de culpabilité et la « punition » au moins symbolique des personnes qu'elles tiennent pour responsables. La recherche de la responsabilité pénale des décideurs paraît ainsi constituer une tendance forte[286].

À elle seule, la mise en œuvre de mesures d'investigation intrusives ou la crainte de se trouver impliqué a un effet déstabilisant – souvent amplifié par la médiatisation – à la fois sur le fonctionnement du service et sur la vie personnelle et professionnelle des intéressés. *A fortiori* en est-il ainsi en cas d'implication effective dans une procédure pénale. La mise en examen, qui suppose l'existence « *d'indices graves ou concordants* »[287], est à cet égard un acte ambivalent : si elle

280 Art. 40-1 du code de procédure pénale – tel a été le cas, par exemple, pour la plainte introduite contre les autorités françaises par des familles de *djihadistes* en Syrie.

281 Art. 1er et 2 du code de procédure pénale.

282 Art. 392 et 392-1 du code de procédure pénale.

283 Art. 85 et 86 du code de procédure pénale.

284 Voir, principalement, les articles 2-1 à 2-23 du code de procédure pénale.

285 Art. 86 du code de procédure pénale, sauf si, « *pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter aucune poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* ».

286 Il semble que la part d'informations judiciaires ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile tende à croître même s'il convient de tempérer cette observation par le constat que la part des informations judiciaires tend elle-même à se réduire au profit de celle des enquêtes.

287 Art. 80-1 du code de procédure pénale.

apparaît protectrice, puisqu'elle ouvre à la personne qui en est l'objet les droits de la défense, elle est également un acte stigmatisant dans la mesure où elle fait apparaître cette même personne comme un possible coupable, affectant ainsi sa réputation.

Bien entendu, cet effet déstabilisant, qui est en quelque sorte consubstantiel à l'ouverture d'une enquête et à l'engagement de poursuites, n'affecte pas spécifiquement les agents publics. De plus, il est tempéré par l'obligation faite à l'administration d'accorder sa « protection fonctionnelle » à l'agent faisant l'objet de poursuites pénales, mis en examen ou visé dans une enquête préliminaire, à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle[288]. Cette protection recouvre le remboursement des frais exposés par l'agent pour assurer sa défense, notamment les honoraires d'avocat.

La difficulté vient toutefois de ce que ces mises en cause interviennent parfois très tardivement et s'inscrivent dans des procédures pénales qui s'étendent souvent sur plusieurs années, notamment en cas d'ouverture d'une information. En 2016, la durée moyenne d'une information était de 30,5 mois et sa durée médiane de 24,2 mois mais ces valeurs varient beaucoup en fonction du contentieux. À Paris, la durée moyenne est d'environ cinq ans en matière financière. Elle est encore supérieure en matière de santé publique. À titre d'illustration, l'information ouverte en 2001 sur des plaintes avec constitution de partie civile dénonçant des contaminations qui auraient été provoquées par les substances radioactives échappées dans l'atmosphère en 1986 à la suite de l'explosion au sein de la centrale de Tchernobyl, information au cours de laquelle a été mis en cause le président du service central de protection contre les rayonnements ionisants, n'a été définitivement close qu'en 2012, plus de onze ans plus tard, avec l'arrêt de la chambre criminelle rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de non-lieu de la chambre de l'instruction[289]. Et c'est le préfet de Vaucluse en fonctions en 1965 qui a été mis en cause en 1995, à la suite des inondations de Vaison-la-Romaine en 1992.

Le cas de l'amiante

Utilisée comme isolant pour les machines depuis le XIX^e^ siècle, l'amiante a été massivement employée après la Seconde guerre mondiale dans la construction de grands ensembles immobiliers et dans les moteurs et les chaudières.

Reconnue comme une matière dangereuse, l'amiante a fait l'objet d'une première réglementation en France par un décret du 17 août 1977[290]. Au vu des conclusions d'une étude commandée à l'INSERM, le Gouvernement a interdit l'usage de l'amiante, par un décret du 24 décembre 1996[291].

(...)

288 Art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017 relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit.

289 Cass. Crim., 20 novembre 2012, n° 11-87.531, Bull., n° 251.

290 Décret n° 77-949 du 17 août 1977 relatif aux mesures particulières d'hygiène applicables dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières d'amiante.

291 Décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du

(...)

Sur le plan indemnitaire, le Conseil d'État a retenu une carence fautive de l'État, « *du fait [de] carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante* »[292]. Il a jugé que *« si, en application de la législation du travail (….) l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques et des informations disponibles, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* » et que l'employeur qui a indemnisé la victime « *peut se retourner contre l'administration, en vue de lui faire supporter pour partie la charge de la réparation, en invoquant la faute de celle-ci, y compris lorsqu'il a commis une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale ; qu'il peut, de même, rechercher la responsabilité de l'administration, à raison de cette faute, pour être indemnisé de ses préjudices propres* », mais que *« dans le cas où il a délibérément commis une faute d'une particulière gravité, il ne peut se prévaloir de la faute que l'administration aurait elle-même commise en négligeant de prendre les mesures qui auraient été de nature à l'empêcher de commettre le fait dommageable* »[293]. Cette faute d'une particulière gravité qui a été délibérément commise a été retenue récemment[294].

Sur le plan pénal, dans cette affaire, des plaintes déposées en 2007 n'ont donné lieu à des mises en examen qu'en 2011, dont certaines ont été annulées depuis et, en 2018, la procédure n'est toujours pas close.

La longueur de la procédure peut s'expliquer par divers facteurs, tels l'insuffisance des moyens de certains services d'enquête, le poids des formalités, la difficulté d'investigations dans des matières techniques impliquant à la fois des expertises complexes, souvent contestées, et l'analyse de processus de décision associant de nombreux intervenants. Elle peut être encore favorisée par la rotation des magistrats chargés de ces affaires.

Toujours est-il que l'agent public peut voir sa vie personnelle et professionnelle obérée durant de nombreuses années, sa mise en examen s'apparentant alors à une forme de sanction anticipée dont les effets ne pourront être qu'imparfaitement effacés par la décision de non-lieu qui, le cas échéant, interviendra au terme de l'instruction. Une telle situation est d'autant plus mal vécue que, comme cela a été relevé, l'ouverture de l'information intervient elle-même parfois très longtemps

code du travail et du code de la consommation.

292 CE, Sect., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts X*, n° 241150.

293 CE, Ass., 9 novembre 2015, *SAS Constructions mécaniques de Normandie*, n° 342468.

294 CE, 26 mars 2018, *Société ECCF*, n° 401376.

après les faits, le délai de prescription de l'action publique ne commençant à courir, en matière d'atteintes à la personne, qu'à compter de la réalisation du dommage. Elle est ainsi intervenue quinze ans après les faits s'agissant de l'information déjà évoquée relative aux effets de la catastrophe de Tchernobyl. En pareils cas, l'agent public se trouve dans la situation difficile de devoir s'expliquer sur des appréciations ou décisions qu'il a portées ou prises plusieurs dizaines d'années plus tôt dans un contexte juridique, social et politique qu'il faut reconstituer.

Le législateur, conscient de ces difficultés, est intervenu de plusieurs manières.

En premier lieu, il a pris des dispositions tendant à limiter les plaintes avec constitution de partie civile. À cet effet, il a prévu que la victime ne pourrait saisir le juge d'instruction d'une telle plainte qu'après avoir tenté de susciter des poursuites auprès du procureur de la République[295]. Il a en outre introduit de nombreuses dispositions pour prévenir et sanctionner les actions abusives ou dilatoires : exigence d'une consignation préalable[296], possibilité de condamner la partie civile à une amende civile[297], à des réparations[298] ou à certains frais[299]. Certains de ces dispositifs pourraient être renforcés mais ils ne sont pas loin d'avoir atteint leurs limites sauf à remettre en cause le pouvoir des victimes de mettre en mouvement l'action publique. Or cette solution paraît exclue. Ce pouvoir est en effet conçu comme le contrepoids au droit reconnu au ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites. Il est donc en l'état, sur un plan institutionnel, un élément d'équilibre essentiel.

En deuxième lieu, le législateur a ouvert, au cours de l'information, des recours spécifiques tendant à faire respecter la durée raisonnable de celle-ci[300]. Mais, pour être pleinement efficaces, ces recours supposent que la chambre de l'instruction qui en est saisie soit en état de rendre une décision de clôture – non-lieu ou de renvoi – et donc que l'information puisse être regardée comme complète, ce qui pose souvent problème.

Enfin, conscient du caractère ambivalent de la mise en examen et de ses effets délétères, le législateur s'est attaché à la cantonner, d'une part, en favorisant le statut de témoin assisté et, d'autre part, en interdisant à peine de nullité les mises en examen prématurées, décidées en l'absence « *d'indices graves ou concordants* »[301].

Le statut de témoin assisté introduit en 1987 et fortement développé depuis lors, apparaît en effet comme le moyen de dénouer la contradiction dans laquelle se trouve enserrée la mise en examen. À l'instar de celle-ci, il ouvre à la personne concernée les principaux droits de la défense mais, contrairement à elle, il ménage la réputation de la personne en raison de sa plus grande neutralité. En effet,

295 Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 modifiant, notamment, l'article 85 du code de procédure pénale.
296 Art. 88 à 88-2 et 392-1 du code de procédure pénale.
297 Art. 177-2 et 212-2 du code de procédure pénale.
298 Art. 91 et 472 du code de procédure pénale.
299 Art. 800-1 du code de procédure pénale.
300 Art. 175-1 du code de procédure pénale issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et de la loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000.
301 Les efforts en ce sens ont été principalement portés par la loi précitée du 15 juin 2000.

ce statut peut être octroyé même dans les cas où les conditions de la mise en examen sont réunies et s'applique bien entendu au-delà, par exemple en cas de simple mise en cause par un témoin ou une victime[302]. Le statut de témoin assisté se présente ainsi dans le code de procédure pénale comme étant de principe[303]. Toutefois, aucun critère n'encadrant le choix du juge, ce principe ne se traduit pas nécessairement dans la pratique judiciaire.

■ ***Un risque pénal pesant souvent exclusivement sur les personnes physiques***

Aux termes des dispositions introduites dans notre droit lors de la réforme du code pénal entrée en vigueur le 1er mars 1994 : « *les personnes morales (…) sont responsables pénalement (…) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* »[304].

La responsabilité pénale des personnes morales est donc une responsabilité indirecte. Elle ne peut être engagée que par le truchement de personnes physiques ayant la qualité d'organe ou de représentant. La chambre criminelle de la Cour de cassation veille au strict respect de cette exigence[305]. En outre, « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* »[306]. Il en résulte que l'organe ou le représentant qui a commis l'infraction pour son compte peut aussi être condamné.

Malgré cette possibilité de cumul des responsabilités, la responsabilité pénale des personnes morales est un moyen de limiter celle des personnes physiques. Cela résulte des travaux parlementaires ayant accompagné la réforme du code pénal : le cantonnement de la responsabilité pénale des personnes physiques a été l'une des principales justifications données à la responsabilité pénale des personnes morales. Pour l'essentiel, deux mécanismes déterminent l'orientation des poursuites en direction de celles-ci.

En premier lieu, la responsabilité pénale des personnes morales est un instrument de politique pénale permettant de moduler la répression, surtout lorsque les faits reprochés ne sont pas intentionnels. Dans le cadre d'une telle politique le garde des Sceaux ou les magistrats du ministère public peuvent prévoir que de tels faits

302 En l'état actuel des textes, le statut de témoin assisté est tout d'abord obligatoirement accordé, à défaut de mise en examen, lorsque la personne concernée est visée dans un réquisitoire délivré par le procureur de la République ou dans un mandat décerné par le juge d'instruction (art. 113-1 et 122 du code de procédure pénale (CPP)). Il l'est également lorsque le juge d'instruction renonce à la mise en examen à l'issue de l'interrogatoire de première comparution ou encore lorsque la mise en examen est annulée ou retirée (art. 80-1-1, 116, al. 7, et 174-1 du CPP). Par ailleurs, il est accordé de droit, mais seulement à la demande de la personne mise en cause, si elle est accusée par la victime (art. 113-2, al. 1 et 2 du CPP). Enfin, ce statut peut être accordé par le juge d'instruction à « *toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge est saisi* » (art. 113-2, al. 3 du CPP).

303 Aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale, « *le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté* ».

304 Art. 121-2, alinéa 1er, du code pénal.

305 Voir, pour l'imputation d'un délit d'homicide involontaire à un centre hospitalier : Cass. Crim., 16 décembre 2014, n° 13-87.330.

306 Art. 121-2, alinéa 3, du code pénal.

seront imputés prioritairement ou exclusivement à la personne morale s'ils ont été commis dans telles ou telles circonstances[307]. Bien entendu, même en l'absence d'instructions de politique pénale, cette imputation prioritaire ou exclusive peut toujours être décidée, au cas par cas, par le procureur de la République lorsqu'il apprécie l'opportunité des poursuites.

En second lieu, par la loi du 10 juillet 2000, dite « Fauchon », déjà évoquée, le législateur a prévu qu'en cas de lien de causalité indirect entre la faute non intentionnelle et le dommage, une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale des personnes morales alors que, comme cela a été indiqué, celle des personnes physiques ne peut être engagée en pareil cas que par une faute dite qualifiée[308]. La responsabilité pénale de la personne morale se trouve alors dissociée de celle des personnes physiques, organes ou représentants, dont la faute simple ne pourra engager que la responsabilité pénale de la personne morale. Certes, en ce cas, il n'y a pas, en théorie, substitution de la responsabilité pénale de la personne morale à celle de la personne physique puisque celle-ci ne peut en tout état de cause être engagée. En pratique toutefois, le dispositif législatif incite à diriger les poursuites contre les personnes morales en facilitant la démonstration de la faute pouvant être retenue à leur encontre.

La limitation de la responsabilité pénale des personnes physiques par celle des personnes morales peut apparaître dans les chiffres. En 2015, sur les 3 600 affaires jugées ayant pour auteur au moins une personne morale, 45 %, soit environ 1 600 affaires, ont également un auteur personne physique[309] – ce qui signifie que, dans plus de la moitié des cas, soit dans 2 000 affaires, seule une personne morale est condamnée. Or, entre 2012 et 2016, le nombre de condamnations en matière non intentionnelle de personnes morales, à l'exception de celles qui, par nature, ne peuvent pas se rapporter à des faits commis dans le cadre de fonctions publiques ou électives, s'élève en moyenne à 350 environ[310].

Il est certes difficile de tirer une conclusion univoque de ces chiffres, car il est possible que la responsabilité pénale des personnes morales ait été seule engagée en l'absence de toute faute qualifiée susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne physique. Mais il est très vraisemblable que dans nombre de cas, la responsabilité pénale de la personne morale s'est substituée à celle de personnes physiques qui auraient pu être elles-mêmes mises en cause.

■ ***La responsabilité pénale limitée des personnes morales de droit public***

Le législateur a apporté deux importantes restrictions à la possibilité de mettre en

307 Voir par exemple la circulaire du garde des Sceaux du 13 février 2006 relative à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales : « *en cas d'infraction non intentionnelle (...), les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées et la mise en cause de la personne physique ne devrait intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale* » (Circ. Crim, 06-3/E8 du 13 févr. 2006, BOMJ, 101).

308 L'art. 121-3 alinéa 4 ne prévoit en effet l'exigence d'une faute qualifiée que pour les personnes physiques.

309 Ministère de la justice, *Infostat justice*, août 2017, n° 154.

310 Ministère de la justice, données issues du casier judiciaire.

œuvre la responsabilité pénale des personnes morales de droit public : d'une part, il a exclu purement et simplement la responsabilité pénale de l'État et, d'autre part, il a prévu que celle des collectivités territoriales et de leur groupement ne pourrait être engagée que dans les cas où l'infraction a été commise « *dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public* »[311].

L'exclusion de la responsabilité pénale de l'État et l'admission très limitée de celle des collectivités territoriales trouvent pour partie leur explication dans l'avis émis par le Conseil d'État sur le projet de loi relatif aux dispositions générales du code pénal. Dans cet avis, cité au cours des débats parlementaires, le Conseil d'État avait considéré que les personnes morales de droit public « *qui sont par nature et quelle que soit leur activité dépositaire d'une part de la puissance publique* (…) *disposent des prérogatives qui y sont attachées [et] ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives sans qu'il soit porté au principe de la séparation des pouvoirs une atteinte particulièrement grave* »[312]. En outre, au-delà de cet avis, s'agissant plus spécialement de la responsabilité pénale de l'État, a été mis en avant l'argument selon lequel, l'État ayant le monopole du droit de punir, admettre sa responsabilité serait admettre qu'il puisse s'infliger à lui-même des peines. Il en résulterait une mise en cause de sa souveraineté même. Les peines auxquelles il pourrait être condamné seraient nécessairement des amendes, elles-mêmes payées par le contribuable, à l'exclusion – évidemment – de la dissolution, qui est possible pour une personne privée[313].

Ces limitations apportées à la responsabilité pénale des personnes publiques ont par la suite été contestées.

Ainsi, dans son rapport remis au garde des Sceaux en 1999, le groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics présidé par le président Jean Massot a estimé qu'aucun des arguments avancés pour justifier ces limitations n'était insurmontable. Plus précisément, le groupe a considéré que ces arguments devaient « *pouvoir s'effacer derrière un souci d'égalité entre agents de l'État et des autres collectivités publiques* »[314]. S'agissant plus spécialement de l'argument tiré de la séparation des autorités administratives et judiciaires, les auteurs du rapport ont relevé que, depuis la suppression de la garantie des fonctionnaires, ce principe ne faisait pas obstacle à ce qu'un fonctionnaire ayant commis une faute de service soit sanctionné pénalement à raison de cette faute, le principe de séparation s'opposant seulement à ce que la juridiction pénale statue sur la réparation du dommage[315]. On peut également relever que l'argument tiré du principe de séparation est affaibli par la reconnaissance, même partielle, de la responsabilité pénale des collectivités territoriales pour leurs activités pouvant être déléguées – au nom, précisément, du principe d'égalité non pas entre agents publics, mais

311 Art. 121-2 alinéa 1er et 2 du code pénal.

312 V. *JO*, Sénat, 11 mai 1989, p. 624.

313 Art. 131-39 du code pénal.

314 J. Massot, *Groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics : rapport au garde des Sceaux*, la Documentation française, 16 décembre 1999, p. 42.

315 Cass. Crim., 24 octobre 2017, *Syndicat mixte interrégional d'aménagement des digues du delta du Rhône et de la mer (SYMADREM)*, n° 16-85.975, P. ; Cass. Crim., 12 juillet 2016, *Commune de Briançon, communauté de communes du briançonnais*, n° 15-81.924.

entre personnes morales de droit privé et de droit public lorsqu'elles exercent des activités comparables. En outre, si conformément aux annonces qui ont été faites, les ministres devaient relever à l'avenir de la juridiction pénale de droit commun, à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, l'objection tirée de l'atteinte portée à la séparation des pouvoirs serait encore amoindrie.

Quant au critère tiré de l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public retenu pour délimiter le champ de la responsabilité pénale des collectivités territoriales, il apparaît aussi critiquable. En effet, un tel critère interdit que la responsabilité pénale des collectivités territoriales soit recherchée alors même que l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, bien qu'étant insusceptible de délégation de service public, n'implique aucun recours à une prérogative de puissance publique et apparaît de même nature que des activités assurées par des personnes privées, comme c'est le cas par exemple en matière de transports scolaires[316]. De même, des infractions – comme le favoritisme prévu et réprimé à l'article 432-14 du code pénal – se trouvent nécessairement exclues du champ de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public dès lors que, par construction, l'activité à l'occasion de laquelle elles peuvent être commises n'est pas susceptible de délégation de service public.

Il en résulte une différence de traitement entre agents publics : d'un côté, l'agent public chargé de la présidence d'une agence pourra voir sa responsabilité personnelle s'effacer derrière celle de la personne morale de droit public dans les mêmes cas et conditions que les dirigeants et salariés d'une personne morale de droit privé[317] ; les élus locaux et les fonctionnaires territoriaux seront placés dans la même situation, si l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise était susceptible de délégation de service public[318] ; mais, d'un autre côté, lorsque l'infraction a été commise par un fonctionnaire de l'État, la responsabilité pénale de celui-ci ne pourrait jamais être mise en cause, celle du fonctionnaire sera toujours seule exposée. Et le même agent agissant tour à tour, ce qui est de plus en plus fréquent dans le cadre d'opérations de contrôles effectuées localement, pour une agence ou pour l'État, relèvera successivement de ces deux régimes. Et tel sera le cas, uniquement en vertu d'un choix d'organisation administrative de l'État.

Cette situation n'est pas satisfaisante et pourrait justifier à l'avenir un réexamen, afin de donner plus de cohérence au régime de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Néanmoins, les raisons ayant conduit à écarter la responsabilité morale de l'État lors de l'élaboration du nouveau code pénal – respect de la séparation des pouvoirs ; incohérence d'un État qui s'inflige à lui-même une condamnation – sont apparues au Conseil d'État toujours déterminantes.

Dans ce cadre, qui dépasse celui de la présente étude, les arguments qui s'opposent traditionnellement à la responsabilité pénale de l'État devraient être mis en balance avec l'avantage que constituerait la possibilité, par ce biais,

316 Cass. Crim., 6 avr. 2004, *Département de l'Orne*, n° 03-82.394, B. n° 89.

317 V. Cass. Crim., 18 mai 2016, n° 15-84.026, pour la mise en cause exclusive d'un centre hospitalier.

318 V. Cass. Crim., 24 octobre 2017, n° 16-85.975 et Cass. Crim., 12 juillet 2016, n° 15-81.924, pour la mise en clause exclusive de la responsabilité pénale d'un syndicat mixte et d'une commune.

de sanctionner un dysfonctionnement, souvent étalé sur une longue période, aux graves conséquences procédant d'une responsabilité pouvant être qualifiée de diffuse en raison de la multiplicité des acteurs susceptibles d'être impliqués et des manquements susceptibles d'avoir été commis dans une organisation complexe, comme, par exemple, pour l'amiante. De même, devraient être prise en compte l'incitation très forte à l'amélioration de l'organisation administrative pour l'avenir que constituerait une telle condamnation. Enfin, compte tenu de l'effet de substitution identifié plus haut entre la responsabilité pénale des agents et celle de la personne morale dont ils dépendent, il devrait être tenu compte du fait que la responsabilité pénale de l'État pourrait permettre de répondre à une attente sociale dans des cas où il apparaîtrait juridiquement impossible ou pratiquement très difficile de mettre en cause la responsabilité pénale personnelle d'un ou plusieurs agents. En effet, selon le mécanisme décrit plus haut, institué par la loi dite « Fauchon », pour un délit non intentionnel, seule une faute qualifiée peut engager la responsabilité pénale des personnes physiques dès lors que la faute est en lien indirect avec le dommage, tandis qu'une faute simple pourra dans tous les cas engager la responsabilité pénale de l'État.

Dans tous les cas, il faudrait garder présent à l'esprit que, si la responsabilité pénale des personnes morales de droit public peut constituer un écran préservant les agents publics de poursuites et de condamnations pénales, elle suppose néanmoins que soit établie l'existence de faits commis, pour le compte de la personne morale, par l'un de ses « organes ou représentants », lequel sera donc nécessairement entendu dans le cadre des investigations menées au cours de l'enquête ou de l'information.

1.2.2.2. L'insuffisante valorisation de la prise de risque dans l'action publique

■ ***De la prudence au conservatisme***

L'action publique a toujours été guidée par un principe de prudence – ce qui paraît, encore aujourd'hui, légitime. À la différence des entreprises privées qui n'entreprennent que les activités qui leur semblent profitables, les collectivités publiques ont des missions obligatoires, qu'elles exercent dans le cadre du service public, en devant respecter des règles. Dans l'exercice de ces missions, notamment lorsqu'elles concernent la protection du public, la moindre prise de risque, même justifiée pour améliorer l'action de long terme, est facilement perçue, dans l'instant, comme une défaillance. Dans le secteur public, les démarches de *risk management*, qui ont été décrites plus haut au titre du contrôle interne, sont en outre beaucoup moins développées que dans le secteur privé. Tout cela peut inciter les décideurs publics à adopter une conduite trop précautionneuse, à rebours des qualités de hardiesse avec lesquelles la prudence est censée s'équilibrer (cf. 1.1.1.2).

Agissant dans le contexte de profonde transformation qu'on a décrit, des réflexes sécurisants consistant à répéter le précédent sont largement répandus chez les agents publics. S'y ajoute la surinterprétation des textes, dans un sens restrictif, ou la sur-réglementation, censée réduire le risque encouru. À cet égard, on peut constater qu'à la suite des crises sanitaires qu'a connues la France durant les décennies 1990-2000, certaines administrations ont entrepris d'encadrer

plus étroitement le travail de leurs agents de terrain, notamment par le biais de règles procédurales détaillées, dans un souci de se protéger contre toute mise en cause éventuelle si un accident venait à survenir. Cette situation est notamment observable dans des domaines dans lesquels la répartition des responsabilités entre les acteurs publics, ou entre ces derniers et les acteurs privés, n'est pas bien établie[319].

■ ***Une gestion des ressources humaines favorisant insuffisamment la prise de risque***

Le statut de la fonction publique n'est pas d'abord conçu pour inciter les décideurs publics à la prise de risques. Les fonctionnaires bénéficient de garanties pour l'exercice de leurs fonctions, à commencer par le principe de la carrière, qui les rend titulaires de leur grade et leur donne vocation à occuper divers emplois[320], ou comme la « protection fonctionnelle » dont il a été question plus haut. Mais, pour autant, le risque auquel s'exposent ceux d'entre eux qui innovent ou qui acceptent des fonctions particulièrement sensibles n'est pas toujours récompensé. Au contraire, le risque de réputation, en cas d'échec, paraît très dissuasif. Et il est vrai que – au-delà même de la fonction publique – l'échec a en France une connotation plus négative que dans les pays anglo-saxons, alors qu'il est une contrepartie normale de la prise de risque. Ainsi, au niveau individuel, ce risque, immédiat, est mis en balance avec celui, plus lointain, diffus et collectif d'inefficience de l'organisation ou de surcoût. L'arbitrage se fait ainsi souvent au détriment de la performance publique.

En particulier, le statut général des fonctionnaires[321], qui n'a jamais été modifié sur ce point, prévoit que le fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, n'est dégagé d'aucune responsabilité par celle de ses subordonnés. Laisser des marges de manœuvre à ses collaborateurs, leur permettre de conduire de manière autonome leur action, constitue donc pour le décideur public un risque. La tentation d'un *management* très directif, laissant peu de place à la créativité au sein d'un service, peut alors s'avérer forte.

De même, il est désormais prévu que le chef de service veille au respect des principes déontologiques dans son service[322]. Le renforcement par la loi des obligations déontologiques, qui est pleinement justifié, conduit toutefois à l'extension du champ de responsabilité du chef de service, laquelle peut également inciter à une certaine forme de prudence. Il est parfois devenu difficile de recruter au plus haut niveau de l'administration (directeur d'administration centrale ou d'établissement public) dans certains domaines où l'exposition au risque peut s'avérer dissuasive pour les candidats. Dans de telles fonctions, l'intensité des risques conduit inévitablement les titulaires à une rotation plus rapide. Une telle brièveté de la durée en poste peut être un élément pénalisant pour la carrière, l'exposition du poste étant rarement

319 L. Bonnaud et J. Coppalle, *Qui contrôle ce que nous mangeons ?,* Ellipses, 2011 ; O. Borraz et autres, « Les risques de l'inspection. Les stratégies de défense des inspecteurs face aux changements du droit », *Droit et société*, vol. 96, n° 2, 2017, pp. 289-304.

320 Art. 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

321 Art. 28 de la loi du 13 juillet 1983.

322 Art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

prise en compte.

Des efforts ont été faits, il est vrai, au cours des dernières années, dans la fonction publique de l'État, par la création, dans les corps de catégorie A, de grades fonctionnels[323] dont l'accès est très majoritairement conditionné à l'exercice préalable de fonctions correspondant à un niveau de responsabilité élevé ou de fonctions exercées dans des conditions difficiles. Il en est de même du développement des emplois fonctionnels : il a en effet permis, à un niveau de responsabilité intermédiaire, d'inciter à assumer des missions plus lourdes et complexes et d'empêcher l'occupation d'un même poste au-delà de huit ans – après renouvellement du détachement dans l'emploi.

Malgré ces quelques avancées, on peut faire le constat que la prise de risque des agents publics est encore insuffisamment valorisée.

1.2.2.3. Des marges de manœuvre insuffisamment utilisées

■ ***Des marges de manœuvre réduites par la complexité des enjeux***

Dans l'immense majorité des cas, la réglementation laisse théoriquement, à l'autorité qui doit l'appliquer, des marges de manœuvres. Autrement dit, dans une situation donnée, ce ne sont pas une mais plusieurs décisions légales qu'il est possible de prendre. Or, la complexité des enjeux auxquels sont confrontés les décideurs publics, dans le contexte décrit plus haut, peut les pousser à prendre, parmi elles, la moins risquée. Souvent, les agents publics peuvent être tentés de prendre davantage en compte leur risque personnel, plutôt que celui encouru par la collectivité. Les décisions prises n'atteignent ainsi qu'imparfaitement l'intérêt général qu'elles poursuivent. Des évolutions apparaissent donc nécessaires.

Au niveau européen, les directives devraient également, conformément à la lettre de l'article 288 du TFUE, se borner à lier « *tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Le phénomène n'est pas nouveau, mais on constate souvent, en effet, qu'elles comportent des dispositions précises ne laissant aux États membres pratiquement aucune marge de manœuvre pour les transposer, contrairement à la logique des « exigences essentielles » qui avaient cours pour la mise en œuvre du « Paquet Delors » dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur.

■ ***Des marges de manœuvre retrouvées dans le cadre de l'expérimentation***

Les décideurs publics disposent de davantage de marges de manœuvre dans le cadre de l'expérimentation.

Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003[324], deux types d'expérimentation sont possibles, l'une au niveau central[325], par la loi ou le règlement, l'autre au niveau des collectivités territoriales[326]. Ces deux dispositifs ont la même finalité, qui est

323 Art. 58 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

324 Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

325 Art. 37-1 de la Constitution.

326 Art. 72 de la Constitution.

de permettre l'application, pendant une durée limitée, dans un champ territorial ou matériel restreint, de normes particulières, dont l'objet doit être précisément défini[327]. Comme tels, ils permettent de déroger, pour un objet et une durée limitée, au principe d'égalité. Ils conduisent, à terme, au vu de l'évaluation de la norme expérimentale, soit à sa généralisation, moyennant les adaptations nécessaires, soit à son abandon.

La pratique de l'expérimentation rompt avec la vision d'un pouvoir normatif capable de traduire dans des règles, du premier coup, la volonté générale. Elle admet, à titre temporaire, une atteinte à l'application uniforme de la règle. Elle présente l'avantage de pouvoir « tester » des règles nouvelles, à une échelle réduite, en assumant l'incertitude qui s'attache à leurs effets.

Dans la période récente, l'État a fréquemment utilisé le procédé de l'expérimentation, dans des domaines variés[328]. Au total, ces expérimentions ont toujours paru utiles. Elles ont été le plus souvent généralisées, sans toutefois que leur évaluation ait toujours été faite de façon formalisée. C'est un point qui mériterait sans doute d'être amélioré, sous l'égide notamment du Parlement dont c'est l'une des fonctions en vertu de l'article 24 de la Constitution. Il importe également que les effets de l'expérimentation soient réversibles, pour le cas où elle serait abandonnée.

À la fin de l'année 2017, plusieurs décrets[329] ont organisé une expérimentation permettant à certains préfets et directeurs généraux d'agences régionales de santé (ARS) de prendre des décisions relevant de leur compétence et dérogeant à des normes réglementaires fixées par l'État. Ces capacités de dérogation, qui semblent prometteuses, pourront, le cas échéant, après évaluation, être prolongées[330].

■ ***L'absence de hiérarchie claire entre les objectifs poursuivis par les politiques publiques***

La capacité d'action des décideurs publics se trouve également limitée par l'absence d'outils leur permettant de hiérarchiser les objectifs des politiques publiques qu'ils sont chargés de mettre en œuvre et les risques qui y sont associés. Les cartographies de risque établies par les ministères, dont il a été question plus haut, ne portent en réalité que sur les risques endogènes et très peu sur les risques exogènes qu'ils sont appelés à gérer. Une hiérarchisation des risques soulève des difficultés au regard du principe d'égalité devant la loi[331]. En pratique, de tels choix sont pourtant opérés quotidiennement, mais d'une manière qui n'est ni transparente, ni débattue, ni assise sur une méthode rigoureuse avec des critères clairs. Dans ces conditions, les acteurs publics ne sont pas en mesure de désigner

327 CC, déc. n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*.

328 V. récemment, la loi n° 2016-231 du 29 févr. 2016 d'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée.

329 Décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet ; décret n° 2017-1862 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au directeur général de l'agence régionale de santé.

330 Projet de loi au service d'un État au service d'une société de confiance.

331 H. Rothstein, M. Huber et G. Gaskell, « A Theory of Risk Colonisation : The spiralling regulatory logics of societal and institutionnal risk », *Economy and Society,* vol. 5, n° 1, 2006.

les risques qu'ils entendent gérer en priorité, de justifier leurs choix auprès de l'opinion publique, des opérateurs privés ou de leurs partenaires européens, et d'établir les responsabilités respectives des différents acteurs dans l'hypothèse où le risque se réalise.

Sur le terrain, c'est le préfet et le maire, ou le président de l'intercommunalité, qui se trouvent placés au cœur d'arbitrages à rendre entre des politiques publiques, poursuivant toutes un intérêt général, mais qu'il faut concilier entre elles. L'un et l'autre, véritables « entrepreneurs de politiques publiques », disposent d'une vision transversale, dépassant les approches sectorielles des administrations ayant conçu chaque réglementation, leur permettant d'apporter une réponse adaptée à chaque situation. Et il est clair que la proximité est un facteur de meilleure appréhension du risque global. C'est pourquoi il est utile de déconcentrer les décisions risquées qui ne présentent pas un caractère national.

Il ne faut cependant pas nier la difficulté que représente pour les préfets le fait de devoir établir des priorités entre les multiples injonctions qui leur sont adressées. On a estimé, par exemple, que les préfets recevaient des ministères environ 80 000 pages de circulaires par an[332], certaines d'entre elles pouvant être extrêmement précises et porter sur des domaines « à risque ». Dans ces conditions se pose la question pour eux de la hiérarchisation des risques qu'il leur incombe de gérer. Or, ils ne disposent pour cela d'aucune aide méthodologique particulière.

1.2.2.4. Une importante capacité d'innovation est plus nécessaire que jamais

Si, dans les périodes de stabilité, la culture traditionnelle de prudence de l'État présente moins d'inconvénients, quand des transformations technologiques, économiques et sociales majeures sont à l'œuvre, comme aujourd'hui, un État trop conservateur peut devenir un facteur de blocage de la modernisation de notre pays. Au contraire, s'il sait faire preuve d'audace, il peut en être un catalyseur. L'adaptation de l'État, et plus généralement des acteurs publics, est donc nécessaire.

Le principe de mutabilité, qui est au cœur de l'action des personnes publiques, a d'ailleurs été dégagé pour accompagner la transformation de l'action publique. Consacré par le Conseil d'État pour la première fois en 1902[333], et théorisé par le professeur Louis Rolland dans les années 1930, il fait partie des principes cardinaux du service public avec les principes d'égalité et de continuité. Il dispose que ni les usagers, ni les agents du service public ne peuvent se prévaloir de droits acquis pour s'opposer à une réorganisation du service public. Un régime juridique ne saurait, non plus, être maintenu en toutes circonstances[334].

Le principe de mutabilité n'est certes pas absolu : contrairement aux principes de continuité[335] et d'égalité[336] du service public, il ne lui a jamais été reconnu de

332 Lidec.

333 CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, n° 94624.

334 CE, Sect., 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, n° 38661.

335 CC, déc. n° 79-105 du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.

336 Art. 1 et 6 de la DDHC pour le principe d'égalité devant la loi dont découle le principe d'égalité

valeur constitutionnelle. Il est en outre soumis au principe de légalité : le principe de mutabilité du service, en vertu duquel l'autorité administrative est fondée à modifier les conditions de fonctionnement du service, ne peut justifier l'adoption de mesures entachées d'illégalité[337]. Il doit enfin être articulé avec le principe de sécurité juridique, leur valeur étant équivalente[338].

Au total, ce principe peut toutefois être appréhendé comme le corollaire du principe de continuité lui-même. L'administration a la responsabilité, précisément pour assurer la continuité de ses missions et donc pour atteindre les objectifs d'intérêt général qui lui incombent, de se transformer en prenant des initiatives audacieuses comportant, pour certaines, une part de risque.

devant le service public.

337 CE, 28 février 1990, *Decaudin*, n° 73788.

338 Plusieurs cours, notamment la Cour européenne des droits de l'Homme, ont reconnu le fait que le principe de sécurité juridique ne crée jamais un droit acquis à une jurisprudence constante : CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, n° 20153/04 et CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n° 32820/08.

Deuxième partie

L'action publique doit être à la fois protectrice, audacieuse et responsable

Les propositions qui suivent sont fondées sur le diagnostic effectué dans la première partie, brièvement rappelé quand cela apparaît nécessaire, avec l'indication des paragraphes concernés.

Compte tenu de la nature du sujet traité – la prise de décision publique – la majorité des propositions correspondent à des recommandations portant sur de bonnes pratiques essentielles. Il s'agit d'aider les décideurs publics, afin que l'action publique soit à la fois protectrice, audacieuse et responsable. Ces bonnes pratiques pourraient être rappelées par le Premier ministre dans une circulaire adressée aux membres du Gouvernement.

Si le droit souple a ainsi été privilégié, certaines propositions nécessitent des dispositions législatives ou réglementaires.

La prise en compte du risque dans l'action publique justifie la conception d'une stratégie d'ensemble par les pouvoirs publics (2.1). De façon opérationnelle, la gestion des risques dits exogènes, qui est au cœur des missions des collectivités publiques, doit être rendue plus efficace (2.2). Plus largement, en toute matière, l'action publique gagnerait à être plus audacieuse (2.3), en étant menée par des décideurs publics assumant la juste part de responsabilité de leurs décisions (2.4).

2.1. Concevoir une stratégie de prise en compte du risque dans l'action publique

Proposition n° 1 : énoncer une stratégie pour une action publique audacieuse.

Le Premier ministre pourrait, dans le cadre de la politique de transformation de l'action publique, présenter à la Nation une stratégie nationale pour une action publique audacieuse, comportant notamment tout ou partie des propositions contenues dans la présente étude.

Cet exercice serait l'occasion d'éclairer les enjeux du sujet, en explicitant notamment les notions de risque et d'incertitude, et de présenter les moyens d'y faire face. Il pourrait donner lieu à l'organisation d'un débat national préparant les mesures à prendre.

Le délégué interministériel à la transformation de l'action publique pourrait être chargé de la préparation et du suivi de la mise en œuvre de cette politique.

Proposition n° 2 : renforcer la prospective publique.

La réflexion prospective est insuffisamment développée au sein des acteurs publics français, tant dans l'administration que dans les organismes traditionnellement chargés d'expertise (cf. 1.2.1.2). L'approche du Commissariat général à la stratégie et à la prospective – dénommé France Stratégie – est principalement centrée sur les questions économiques et insuffisamment sur les approches scientifiques, technologiques ou sociétales. Cette situation, qui ne permet pas d'éclairer suffisamment certaines grandes politiques publiques, est d'autant plus regrettable que la France a longtemps été reconnue comme l'un des principaux foyers de la prospective dans le monde.

■ Le champ d'intervention de France Stratégie devrait ainsi correspondre à l'ensemble des politiques publiques, comme son décret de création le permet, afin d'être à même d'identifier plus complètement les nouveaux risques. Ses travaux devraient aussi avoir un caractère pluridisciplinaire plus marqué.

■ Par ailleurs, afin de mieux promouvoir la culture de long terme au sein de l'ensemble de l'État, France Stratégie pourrait animer un réseau prospectif constitué notamment, au niveau central, par des membres des inspections et des conseils généraux, ainsi que par les structures internes de prospective des ministères (par exemple, le centre d'analyse, de prévision et de stratégie du ministère des affaires étrangères ou le conseil de la stratégie et de la prospective du ministère de l'intérieur) et, au niveau déconcentré, par les préfectures de région.

■ France Stratégie devrait aussi, avec l'appui de ses conseils, mener régulièrement des exercices à long et très long terme, comportant si nécessaire plusieurs scénarios, notamment ceux dits de rupture. Pour cela, des échanges fréquents avec les acteurs de terrain assurant la surveillance sur un champ de politique publique pourraient être mis en place. Il conviendrait par ailleurs que France Stratégie se coordonne plus étroitement avec les autres services chargés de l'anticipation des crises ou qui sont susceptibles d'envoyer des alertes, ainsi qu'avec ceux chargés de la gestion des crises, à commencer par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN).

■ Ce réseau de prospective ainsi constitué pourrait notamment avoir pour mission de créer un instrument d'aide à la décision stratégique du Gouvernement en matière de risques. À cet effet, un document de référence, destiné au Premier ministre, devrait être élaboré pour recenser l'ensemble des grands risques de diverses natures auxquels la Nation est confrontée (crues de la Seine, accidents nucléaires, risques sismiques, accidents liés aux grandes infrastructures de

transport, défaillances du réseau électrique, etc.) selon, d'une part, la gravité de l'impact et, d'autre part, la fréquence d'occurrence à différents horizons temporels. Il s'inscrirait dans le cadre des recommandations faites par l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en matière de risques majeurs et pourrait s'inspirer de la démarche britannique de *National Risk Assessment* (cf. 1.2.1.2).

> **Proposition n° 3 :** développer la capacité d'anticipation dans les ministères et dans les principales collectivités territoriales.

Un conseil scientifique pourrait être créé, dans chaque ministère ou groupe de ministères et dans les principales collectivités territoriales. Chacun de ces conseils aurait vocation à se réunir en présence du ministre et des directeurs d'administration centrale – ou du chef de l'exécutif local – afin d'animer leur réflexion et d'améliorer leurs capacités d'anticipation. Ils devraient travailler en lien avec les services statistiques ministériels (SSM). Les membres de ces conseils seront notamment des spécialistes des sciences exactes et sociales.

Le conseil scientifique de l'éducation nationale récemment installé pourrait servir de modèle. Ce conseil, doté d'un pouvoir consultatif et composé d'une vingtaine de personnalités reconnues travaillant dans différentes disciplines scientifiques, peut être saisi sur tous les sujets afin d'apporter des éclairages pertinents au ministre.

2.2. Permettre aux décideurs publics de mieux gérer les risques exogènes

Une des premières responsabilités de la puissance publique est la protection de la population contre les risques. Ainsi, la gestion des risques exogènes doit être la plus efficace possible, en ce qui concerne tant le niveau de protection atteint que celui des moyens mis en œuvre à cette fin. L'objectif principal des propositions suivantes est que les décideurs publics puissent apprécier de façon plus exacte et plus objective les risques exogènes, c'est-à-dire ceux qui existent indépendamment des décisions des acteurs publics (cf. 1.1.2.2), qu'ils cherchent à maîtriser.

Afin de protéger plus efficacement le public contre les risques exogènes, il importe que l'administration, en raison de la technicité des matières traitées, ait recours à l'expertise, dans des conditions qui doivent être professionnalisées (2.2.1). Les processus de décision doivent être améliorés (2.2.2) et supposent, compte tenu des enjeux, de développer le dialogue avec les parties prenantes (2.2.3).

2.2.1. Savoir

L'administration, directement ou par l'intermédiaire de ses agences, s'appuie sur des capacités d'expertise à la fois internes et externes[339].

Proposition n° 4 : valoriser l'expertise interne à l'administration.

L'expertise interne, qui repose sur les personnels scientifiques permanents, s'attache à concilier des exigences de compétences et d'indépendance (cf. 1.1.3.1). Cela peut poser des difficultés de gestion de la carrière de ces experts. En effet, alors qu'ils doivent avoir préalablement acquis une compétence et un savoir sur lesquels ils s'appuieront, avant d'intervenir auprès de l'administration, ils doivent aussi être régulièrement renouvelés, leur activité au sein de l'administration pouvant conduire à appauvrir au fil du temps cette expertise. Or l'alternance voire le cumul nécessaire de fonctions d'expertise dans l'administration et de recherche dans des organismes publics ou privés peut vite se heurter aux règles de déontologie mises en place dans la sphère publique et désormais énoncées dans le chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le maintien du niveau de cette expertise interne passe donc par la valorisation des parcours de carrière et de partenariats de long terme entre l'administration et le monde scientifique, dans le respect des règles déontologiques. Pour cela, les acteurs publics devraient davantage recourir au vivier d'expertise interne que représentent les organismes de recherche publics (Centre national de la recherche scientifique – CNRS –, Institut national de la recherche agronomique – INRA –, Institut national de la santé et de la recherche médicale – INSERM – etc.) et les universités. Ces organismes, dont l'appui à l'expertise fait partie des missions depuis 2006[340], pourraient éventuellement être incités financièrement en ce sens, sans préjudice de leurs autres missions, sur l'exemple du système britannique[341] et être mobilisés plus couramment par les décideurs publics pour produire des « synthèses critiques » des connaissances sur les sujets en débat.

Proposition n° 5 : clarifier les modalités de l'expertise externe.

Les enjeux d'indépendance de l'expertise sont, par construction, particulièrement importants lorsque les acteurs publics ont recours à une expertise externe (cf. 1.1.3.1). Sa pluridisciplinarité est en outre une condition à la fois de sa qualité – la complexité des problématiques actuelles tenant pour une large part à leur transversalité – et de son acceptabilité par le public qui refuse désormais de tenir

339 V. l'étude annuelle du Conseil d'État sur *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La Documentation française, 2012.

340 La loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche a ajouté la mission d'appui à l'expertise dans les missions des organismes de recherche.

341 Un nouveau critère d'évaluation de la recherche publique britannique d'« impact de la recherche » a été mis en place en 2014. La part de l'enveloppe budgétaire accordée à une université sur la base de ce critère d'impact peut aller jusqu'à 20 %.

pour intangible une vérité scientifique spécialisée non confrontée à des regards externes (cf. 1.1.2.1 et 1.2.1.2).

■ Les administrations qui sont chargées de conduire l'évaluation des risques devraient, si ce n'est déjà le cas, se doter de chartes de l'expertise publiques : la charte de l'expertise sanitaire[342] constitue, à cet égard, un modèle utile. Les questions posées aux experts devraient être formulées explicitement après consultation des parties prenantes afin que les réponses et résultats puissent être exploités correctement. L'expertise devrait être menée de manière collégiale, pluridisciplinaire, impartiale et contradictoire. Dans certains cas, le choix d'experts de différentes nationalités peut se justifier. Elle devrait être rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi, notamment le secret en matière industrielle et commerciale.

■ S'agissant des règles relatives à la déontologie et aux conflits d'intérêts, de nombreux progrès ont déjà été réalisés ces dernières années. Elles ne sauraient de surcroît être trop contraignantes. En effet, l'extrême spécialisation de certains domaines scientifiques et la rapidité d'évolution des connaissances conduisent à ce que l'expertise soit parfois concentrée sur un faible nombre de personnes, qui, pour acquérir et entretenir leur compétence, sont nécessairement en lien avec les acteurs économiques du secteur concerné. Il est sans doute vain, dans certains domaines très pointus, de pouvoir disposer d'experts « indépendants » au sens où ils n'auraient eu aucun lien avec des acteurs du domaine d'expertise. La recherche d'un *optimum* en la matière pourrait conduire, lorsqu'il n'est pas possible de trouver des experts n'ayant eu aucun lien avec l'industrie, à faire appel à eux à condition, d'une part, que la méthodologie de travail garantisse la transparence et l'examen de cette expertise dans un cadre collégial, et, d'autre part, que l'expert en cause ne participe pas à l'adoption des conclusions de l'expertise elle-même[343]. Le contrôle des pairs, permis par la collégialité, permettrait dans ce cas de surmonter les difficultés pouvant exister, individuellement, pour chaque expert.

■ Enfin, pour améliorer la transparence et l'indépendance des modalités de financement de l'expertise externe en général, il pourrait être créé un dispositif de financement de la recherche par les entreprises ou leurs fédérations, dont on ne peut pas se passer, via un fonds assurant une séparation entre le monde économique et les chercheurs. À cet égard, pourrait servir de modèle la Fondation santé et radiofréquences, créée en 2005 et intégrée à l'ANSES en 2010. Ceci est particulièrement nécessaire dans des domaines marqués par d'importantes controverses scientifiques, ou encore dans des domaines émergents.

Proposition n° 6 : renforcer les capacités d'alerte et organiser le retour d'expérience.

Les capacités d'alerte des administrations doivent être renforcées en s'appuyant sur les outils de surveillance existants (par exemple Santé publique France) ou

342 Décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L. 1452-2 du code de la santé publique.

343 Selon le modèle déjà retenu par exemple par la charte de l'expertise en matière sanitaire approuvée par le décret n° 2013-413 du 21 mai 2013.

en cours de constitution (Réseau français de santé animale). Par ailleurs, les gestionnaires des politiques publiques, notamment les acteurs de terrain, qui sont les plus à même de constater les premiers effets liés à l'apparition d'un risque ou des difficultés dans la mise en œuvre des politiques de prévention des risques (cf. 1.2.1.2), devraient être incités à lancer des alertes. Des méthodes de recueil et de traitement de ces alertes devraient aussi être mises en place, surtout lorsque, comme c'est le cas en matière de pharmacovigilance depuis mars 2017, les signalements ne sont pas seulement placés entre les mains des professionnels du secteur, mais aussi entre celles du public.

Les retours d'expérience et l'évolution agile des techniques de gestion de crise sont courants dans l'administration préfectorale qui est confrontée au quotidien à la coordination de la gestion d'événements de sécurité civile (cf. 1.2.3.2.). Une telle démarche de mutualisation et de capitalisation des enseignements des crises précédentes est plus rare dans les autres politiques publiques.

Il convient donc de mettre en place un dispositif transversal de retour d'expérience sur des crises survenues dans différents domaines d'action publique, sur le modèle du *Disaster Research Center* de l'Université du Delaware. Un tel dispositif, à caractère expérimental, aurait vocation à rassembler les leçons tirées de ces crises par les différents ministères, avec l'aide de leurs conseils généraux ou inspections générales, ainsi qu'à confier à des chercheurs et universitaires en sciences sociales des enquêtes pour documenter ces crises : comportement des différents groupes d'acteurs et des populations ; fonctionnement des dispositifs de gestion de crise ; conséquences de ces événements à court, moyen et long termes.

2.2.2. Décider

Proposition n° 7 : adapter l'organisation administrative en fonction des risques encourus.

L'organisation administrative et la répartition des compétences dans le domaine de la prévention des risques exogènes paraissent aujourd'hui globalement satisfaisantes (cf. 1.1.3.1). Toutefois, quelques recommandations peuvent être faites.

■ Dans l'ensemble des domaines, des bonnes pratiques de gouvernance pourraient être diffusées lorsqu'elles n'ont pas encore été mises en application.

Ainsi, l'intervention de multiples acteurs (administrations de différents ministères, inspections, agences), en général pleinement justifiée, doit s'accompagner d'un effort constant de coordination permettant de partager les orientations et les informations utiles à la gestion du risque, ainsi que d'une bonne articulation avec les mécanismes de vigilance mis en place (cf. proposition n° 2). De même, lorsqu'existent dans un même secteur une agence et une inspection ministérielle, leurs relations devraient être renforcées : ainsi, les résultats de certaines enquêtes et études réalisées par les corps d'inspection devraient être communiqués aux agences et réciproquement. Il convient aussi d'améliorer les échanges

d'information entre les services déconcentrés des ministères et les agences d'expertise, lorsque celle-ci dépend des données collectées par ces services pour réapprécier *a posteriori* les risques d'une activité, substance ou installation. Ces échanges devraient se faire automatiquement, dans le cadre d'une procédure qui protège la confidentialité des données.

■ Une recommandation concernant spécifiquement un domaine peut être faite.

On a vu (cf. 1.1.3.1), en effet, que la sécurité sanitaire de l'alimentation relève de nombreuses administrations centrales et d'une agence. Il n'a certes pas été relevé de dysfonctionnements avérés liés à cette situation, mais l'organisation pourrait sans doute être simplifiée et, à tout le moins, une instance de coordination permanente, à l'instar du Comité d'animation du système d'agences (CASA) en matière de santé, devrait être mise en place, se réunissant régulièrement, même en l'absence de crise.

En toute hypothèse, l'adéquation de l'organisation administrative aux risques, qui sont évolutifs, doit être évaluée et adaptée régulièrement.

Proposition n° 8 : clarifier les places respectives de l'évaluation et de la gestion des risques.

La répartition actuelle des fonctions d'évaluation et de gestion (décision) des risques n'est pas toujours optimale (cf. 1.1.3.1 et 1.1.3.2).

Le processus décisionnel devrait être mieux formalisé, afin que le rôle des experts se limite à l'évaluation du risque, notamment son existence, sa gravité et sa fréquence, et que les décideurs publics soient mieux à même de prendre leur décision en comparant le risque pris avec les bénéfices attendus. Une telle formalisation est d'autant plus nécessaire lorsque les risques et les bénéfices attendus d'une politique publique ne concernent pas les mêmes acteurs. La capacité d'évaluation par les collectivités publiques de ces bénéfices devrait donc être renforcée.

Différentes méthodes d'analyse socio-économique (analyse « avantages/inconvénients », arbitrage « bénéfices/coûts », etc.) pourraient être mobilisées par les décideurs publics afin d'expliciter les raisons qui les poussent à préférer une option à une autre, une fois l'avis des experts scientifiques rendu. Le recours à ces méthodes doit faire l'objet d'un certain degré de transparence.

Il paraît aussi nécessaire que l'expertise soit davantage disponible pour les décideurs locaux, notamment les préfets et les exécutifs locaux.

Proposition n° 9 : mieux expliquer la portée du principe de précaution.

Ainsi qu'il a été dit plus haut (cf. 1.2.1.4), le principe de précaution a donné lieu en France à une application raisonnable par les juridictions suprêmes, ménageant une marge de manœuvre importante au législateur. Toutefois, cet état de la jurisprudence n'apparaît pas clairement aux yeux de tous les acteurs, publics ou

privés. Cette perception faussée peut favoriser une forme d'instrumentalisation du principe, pour critiquer tantôt l'insuffisance des mesures prises pour prévenir un danger, tantôt leur caractère excessif.

Dans ce contexte, la priorité est donc d'expliquer la portée du principe de précaution auprès de l'ensemble des acteurs. Il conviendrait de rappeler, en particulier aux acteurs publics, les marges de manœuvre dont ils disposent. Il s'agirait aussi de souligner l'obligation d'agir qui leur incombe à ce titre, en veillant, par des mesures positives, à ce que des recherches soient conduites pour lever ou réduire l'incertitude pesant sur l'existence d'un risque.

Compris et appliqué de cette manière, le principe de précaution ne devrait pas être un obstacle à l'innovation par les acteurs publics et privés.

2.2.3. Informer, dialoguer et former

Proposition n° 10 : partager avec le public l'information sur les risques, le sensibiliser et le former.

Il importe que les décideurs aient une bonne connaissance de la manière dont le public perçoit le risque (cf. 1.2.1.3). En outre, la connaissance du risque et le fait qu'il ait été choisi et non subi sont des facteurs essentiels d'acceptabilité pour les publics concernés (cf. 1.1.2.1). Autrement dit, il est important que l'information sur le risque soit partagée.

■ Une plus grande participation des parties prenantes à l'analyse des bénéfices et des risques contribuerait à cette sensibilisation. Cette association, qui interviendrait une fois que l'expertise scientifique a été effectuée et ses résultats rendus publics, pourrait passer, notamment en cas de controverse importante, par l'organisation d'une conférence de consensus.

■ En outre, il conviendrait de mener davantage de campagnes d'information, d'objectivisation et de prévention sur certains risques, comme cela est fait en matière de santé ou de sécurité routière. Les nouveaux risques, liés par exemple à l'utilisation des données sur Internet, pour lesquels la sensibilité du public reste encore faible, pourraient faire l'objet de telles campagnes d'information. De façon plus ciblée, la communication publique sur les réseaux sociaux devrait être renforcée, afin notamment de garantir la présence de l'expertise publique et d'y expliciter le sens des décisions prises au regard des risques en présence et de lutter, de façon efficace et en temps utile, contre les « fausses informations ».

■ Enfin, si la problématique du risque fait déjà l'objet de quelques formations initiales à l'université et dans les écoles d'ingénieurs, de commerce et de *management*, elle pourrait être en outre abordée au lycée dans le cadre des enseignements de sciences et de philosophie, au travers d'exemples concrets. De même, au titre de la formation continue des professionnels les plus concernés, les méthodes de gestion des risques pourraient être davantage enseignées (études médicales, ingénieurs, architectes, juristes).

2.3. Encourager les décideurs publics à agir de façon audacieuse

Qu'il s'agisse de protéger le public contre les risques ou de mener toute autre politique publique, l'action publique devrait être plus audacieuse. Pour cela, la gouvernance publique devrait être améliorée (2.1) et la décision publique suivre de bonnes pratiques (2.2). La gestion des ressources humaines et le *management* publics devraient également servir cet objectif (2.3).

2.3.1. Améliorer la gouvernance publique

Proposition n° 11 : renforcer les capacités de choix du Parlement.

Le Parlement, au cœur de l'enjeu de la simplification du droit (cf. 1.1.3.1.), dispose de marges de manœuvre importantes pour voter la loi, dans le respect de la Constitution et des normes internationales ou de l'Union européenne. Dans les années 1980, le Parlement a ainsi pu, à quelques années d'intervalle, nationaliser puis privatiser des pans entiers de l'économie. Dans les deux cas, il a entendu poursuivre un objectif d'intérêt général, de natures économique et sociale, en assumant le triple risque d'être contredit ou critiqué par le Conseil constitutionnel, l'opinion publique ou les résultats de la politique publique choisie. Mais, pour que le Parlement soit en mesure d'exercer pleinement sa capacité de choix, voire de renforcer celle-ci, il doit pouvoir le faire en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en disposant des moyens de déterminer, dans chaque cas, l'équilibre approprié entre l'intérêt général poursuivi et les risques encourus.

Le fait de disposer d'une évaluation *ex ante* approfondie des projets comme des propositions de loi semble déterminant à cet égard. Pour les projets de loi, la loi organique du 15 avril 2009 a rendu obligatoire la réalisation d'une étude d'impact préalable, dont le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, veille à vérifier qu'elle répond aux critères définis par la loi organique. Il paraît essentiel que les études d'impact soient faites en tenant davantage compte des évaluations *ex post* des politiques publiques menées jusque-là (cf. proposition n° 19). Au-delà, ainsi que l'a relevé le Sénat dans une récente proposition de loi organique votée à l'unanimité[344], l'expérience montre qu'il n'est pas satisfaisant que le soin d'effectuer l'étude d'impact soit laissé au seul auteur d'un texte, si l'on attend de cette étude qu'elle éclaire notamment le choix fait au regard de tous ceux qui pouvaient l'être, pour atteindre l'objectif recherché.

Aussi serait-il souhaitable, comme l'a proposé le Sénat, et tout en maintenant la présentation par le Gouvernement de l'étude d'impact du texte au Parlement, qu'une fois le projet de loi déposé au Parlement, une étude complémentaire soit réalisée. Ce pourrait être une instance dédiée au sein de chaque assemblée,

344 Proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi enregistrée le 5 juillet 2017, adoptée par le Sénat le 7 mars 2018 et transmise à l'Assemblée nationale.

travaillant en lien avec l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST). Ce pourrait être aussi le Conseil économique, social et environnemental (CESE), si cette institution devait devenir, comme l'a souhaité le Président de la République, dans son discours devant le Congrès, l'organe principal des consultations et études préalables aux grands choix publics. Cette transformation du CESE supposerait qu'il dispose des capacités d'expertise requises pour cette nouvelle attribution.

La liberté de choix du Parlement serait par ailleurs confortée par une évolution de l'édiction des normes européennes. Le choix du recours à une directive plutôt qu'à un règlement devrait ainsi être mieux examiné au préalable par les autorités françaises. Dans le cas d'une directive, il serait cohérent avec la nature de cet instrument que la France défende, contrairement à une pratique dominante, une position laissant effectivement des marges de manœuvre au niveau national pour la mise en œuvre des objectifs retenus (cf. 1.2.2.3), dès lors que ce serait conforme à ses intérêts.

Proposition n° 12 : clarifier les rôles des décideurs publics, politiques et administratifs.

S'agissant des dirigeants de l'État, il apparaît nécessaire que les ministres exercent pleinement leurs responsabilités et, parallèlement, encouragent les dirigeants de leurs administrations centrales et des présidents d'agences sur lesquelles ils exercent une tutelle, à innover et à éviter les excès de prudence non justifiée (cf. 1.2.2.2.). Cela implique, en premier lieu, que l'orientation retenue au moment de la formation, en 2017, du Gouvernement, consistant à ce que chaque ministre travaille le plus possible directement avec ses directeurs, sans que le cabinet constitue un écran, soit réaffirmée et renforcée. C'est en effet de tels échanges réguliers, les plus collégiaux, contradictoires et créatifs possibles, entre le ministre et les décideurs publics qui l'entourent, que sortiront des décisions à la fois courageuses et solides. Ainsi confortés, les dirigeants des administrations seront mieux à même de prendre à leur tour le degré approprié de risque dans les décisions qui leur incombent. En outre, la clarification du niveau et du périmètre de décision entre le ministre, son cabinet et les dirigeants de l'administration permettrait d'éviter des phénomènes d'attentisme où chacun estime que l'initiative revient à un autre niveau. Dans tous les cas, une « éthique » de la décision publique devrait conduire l'autorité compétente, politique ou administrative, à faire un usage raisonnable et, en tout cas, non systématique de la facilité qu'offre la délégation de signature à un subordonné – sans se défausser sur lui pour qu'il prenne, à sa place, les décisions les plus risquées.

Proposition n° 13 : permettre au débat démocratique de mieux s'exercer.

En démocratie, le débat permet la confrontation de valeurs et de points de vue différents. La consultation et la participation d'organes, de personnalités qualifiées ou de citoyens à la prise de décision publique sont essentielles à la détermination

des préférences collectives et au rétablissement d'une vision partagée du bien commun. Le temps consacré au débat en amont permet de mieux faire accepter le risque (cf. 1.1.2.1.) et ensuite de prendre, quand cela est justifié, des décisions plus audacieuses. Mais chaque décision impliquant toujours une part d'incertitude ou de risque, le doute résiduel, notamment lorsqu'il est instrumentalisé ou capté par certains groupes, peut aboutir à paralyser la décision. À cet égard, l'amélioration des conditions de l'expertise et donc du débat scientifique proposée ci-dessus (cf. propositions n° 4, 5 et 8) permettra de mieux définir le champ du débat démocratique. En outre, il est nécessaire, en fonction du type de décisions à prendre, de déterminer avec discernement le moment opportun pour associer le public. La Commission nationale du débat public (CNDP)[345], compétente en matière d'environnement, ou les méthodes d'auditions publiques (« *hearings* »), qui existent dans le domaine de la santé[346], pourrait servir de modèle.

De telles pratiques seraient de nature à réduire le risque d'échec de réformes ou de projets importants.

2.3.2. Adopter de bonnes méthodes de décision publique

Il existe, à chaque étape de la prise de décision, que celle-ci soit législative, réglementaire ou individuelle, des bonnes méthodes pour favoriser l'innovation et la créativité. Ainsi, l'adoption de normes fondées sur des objectifs à atteindre, et non des moyens à mettre en œuvre, devrait être privilégiée. Le décideur public doit aussi s'efforcer d'employer toutes les marges de manœuvre disponibles, en laissant une place à la collégialité et en se ménageant un temps pour la réflexion stratégique. L'élaboration d'évaluations *ex post* est également essentielle.

> **Proposition n° 14 :** privilégier des normes fondées sur des objectifs et contrôler leur mise en œuvre selon le principe de proportionnalité.

Face à la complexité croissante et à la transformation permanente, en particulier sur le plan technique, des matières réglementées, l'édiction de normes extrêmement précises n'est pas une solution viable, notamment pour assurer une bonne protection contre les risques (cf. 1.1.3.1).

■ En premier lieu, sauf dans certains domaines, notamment en matière pénale et fiscale, le recours à des législations reposant sur des objectifs à atteindre et non sur des moyens à mettre en œuvre, comme c'est déjà le cas en matière de normes de construction[347], doit être encouragé. Comme pour le droit souple édicté par les autorités de régulation[348], ce type de norme offre davantage de marges aux acteurs pour s'adapter à la variété des situations rencontrées. Il permet aussi, en se concentrant sur l'essentiel, de redonner du sens aux exigences que l'on pose. Cette méthode permet ensuite un utile « retour sur expérience » facilitant

345 Art. L. 121-1 et suivants du code de l'environnement.

346 Art. L. 5311-1 du code de la santé publique pour l'ANSM, art. R. 1413-1 pour Santé publique France.

347 Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine ; projet de loi pour un État au service d'une société de confiance.

348 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082.

l'adaptation ultérieure de la norme. Elle serait d'autant plus facilitée que les normes européennes applicables seraient elles-mêmes fondées sur des objectifs (proposition n° 11).

■ En second lieu, les contrôles doivent, dans leurs exigences et leurs moyens, être adaptés aux différentes catégories de risques encourus. Une telle approche existe déjà dans de nombreux contrôles. Par exemple, les programmes de contrôles en matière d'Installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) visent principalement les entreprises les plus risquées (type SEVESO) et l'intensité du contrôle exercé sur place correspond à la nature du risque. Une telle orientation des inspections a été confirmée en 2016 par le ministre de l'environnement. Elle pourrait être retenue dans d'autres domaines.

Cette évolution n'est toutefois pas sans difficultés pratiques. D'une part, cela conduit les agents de contrôle à devoir porter un jugement, non plus sur la conformité de la situation avec la réglementation, mais sur le caractère approprié des moyens mis en œuvre par les opérateurs privés pour atteindre les objectifs fixés par la réglementation. Or, un tel jugement peut mettre les agents en difficulté, notamment lorsqu'ils se retrouvent devant des opérateurs privés détenant des compétences techniques ou juridiques plus pointues que les leurs. D'autre part, ce type de réglementation et de contrôle par objectifs pourrait surtout profiter aux grands opérateurs qui peuvent plus facilement réaliser des études démontrant que, par les moyens propres qu'ils mettent en œuvre, ils atteignent les objectifs fixés.

■ Pour parer à ces difficultés, il conviendra de transformer de façon significative le travail des corps d'inspection, de manière à les doter des outils, ressources et compétences pour procéder au travail d'évaluation des moyens mis en place par les opérateurs économiques pour atteindre les objectifs définis dans la loi. Cela nécessitera de réorganiser leur formation, mais aussi d'envisager, comme cela se fait déjà dans certains domaines, des inspections collectives réunissant différentes compétences.

> **Proposition n° 15 :** déterminer le bon niveau de décision en fonction des risques encourus.

On a vu que les acteurs publics de terrain étaient souvent les mieux à même d'évaluer les risques en présence (cf. 1.2.1.2) et d'arbitrer au mieux, en tenant compte des diverses réglementations applicables (cf. 1.2.2.3).

Or, à la suite de la réforme des services déconcentrés de l'État, ceux-ci se trouvent généralement moins bien pourvus, et le souci légitime de pilotage des administrations centrales induit une reconcentration du pouvoir de décision et un éloignement du terrain (cf. 1.2.1.2). Il importe donc de veiller en permanence, dans la ligne de la charte de la déconcentration[349], à ce que le pouvoir de décision soit attribué au bon niveau d'administration et, en principe, au niveau préfectoral, en application notamment du décret n° 97-34 du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles.

349 Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration.

Proposition n° 16 : sensibiliser les décideurs publics sur les marges de manœuvre dont ils disposent pour prendre leur décision.

Presque aucune décision publique n'est automatique (cf. 1.1.2.3). Elle suppose une appréciation de la situation et des anticipations.

Au-delà des marges de manœuvre juridiques existantes, selon les réglementations ou les contextes, pour répondre à un problème donné, le décideur doit choisir les moyens qu'il met en œuvre : mobilisation de ressources internes ou externes ; détermination du calendrier ; négociation avec les différents partenaires ; actions de communication. Ces latitudes, même si elles sont parfois réduites, sont de nature à responsabiliser le décideur, à augmenter sa capacité de décision et à réduire le risque d'échec.

En outre, certains projets particulièrement importants et complexes, telle la préparation d'une réforme ou la réalisation d'une grande opération, justifieraient qu'une fois les objectifs à atteindre fixés aux décideurs publics, des marges de manœuvre leur soient laissées sur les moyens d'y parvenir.

Proposition n° 17 : renforcer le caractère collégial de la prise de certaines décisions publiques.

La méthode de décision collégiale est caractéristique des juridictions et des autorités administratives indépendantes (cf. 1.1.3.1.). Dans l'administration classique, la collégialité se rencontre rarement (c'est le cas pour la fixation du prix des médicaments, dans le cadre du comité économique des produits de santé (CEPS)).

Afin d'atténuer la « solitude du décideur » et d'encourager une prise de décision publique plus courageuse, celui-ci devrait pouvoir disposer, pour prendre les décisions les plus importantes, d'un « droit de tirage » lui permettant d'obtenir, de droit, l'avis d'instances d'expertise internes à l'administration et de s'entourer, ainsi, d'une forme de collégialité.

Il est en outre proposé d'identifier les catégories de décisions administratives, portant sur des sujets complexes et lourds de conséquences, justifiant une véritable prise de décision collégiale, par l'autorité administrative normalement compétente, conjointement avec d'autres autorités. Cette méthode devrait faire l'objet d'une mise en œuvre à titre expérimental.

Proposition n° 18 : encourager les décideurs publics à consacrer du temps à la décision et à l'innovation.

Si les contraintes administratives, notamment de temps, ne doivent pas être minimisées, les décideurs publics doivent dégager le temps nécessaire pour prendre, dans de bonnes conditions et de façon parfaitement éclairée, les décisions les plus importantes qui leur incombent. Cela implique des arbitrages avec d'autres usages de leur temps, celui-ci constituant un paramètre essentiel de toute prise de décision (cf. 1.2.1.2.).

En outre, des plages de temps consacrées à la réflexion stratégique devraient être organisées au profit des décideurs publics, tant nationaux que locaux, afin d'enrichir leur réflexion sur certains sujets structurels. Le concours de la cellule chargée de la prospective au sein de leur administration – par exemple le comité scientifique ministériel (proposition n° 3) – ou de fonctionnaires expérimentés spécialisés sur des analyses transversales, positionnés par exemple dans les secrétariats généraux, les inspections ou les contrôles généraux des ministères, pourrait être utile à cet effet.

Proposition n° 19 : renforcer l'évaluation *ex post* des décisions.

Il faut laisser suffisamment de temps aux décisions pour qu'elles puissent produire leurs pleins effets avant de les modifier au gré des circonstances politiques ou administratives. La mise en place d'outils de mesure des effets produits et l'établissement de bilans des décisions prises, au regard des résultats attendus, ainsi que des moyens dont l'administration disposait pour les atteindre, devraient être prévus dans leur principe dès le départ.

■ À cet effet, des échanges réguliers avec les acteurs de terrain devraient être renforcés, afin de partager l'information et d'adapter la conduite à tenir. De telles « boucles de rétroaction » ont déjà fait leur preuve dans certains domaines, par exemple en ce qui concerne la protection des données personnelles issues des données massives.

■ En complément de ce qui a été dit *supra* pour les évaluations *ex ante* (proposition n° 11), la capacité du Parlement à se consacrer, outre au vote de la loi, à l'évaluation *ex post* de celle-ci, comme le prévoit l'article 24 de la Constitution, pourrait être renforcée. À cet égard, on rappelle que l'étude annuelle 2016 du Conseil d'État[350] a proposé d'établir un calendrier de l'évaluation *ex post* des lois avec trois étapes : une étape à six mois ou un an pour contrôler que les décrets d'application ont été pris ; une étape à deux ans pour mesurer les premiers résultats de la réforme ; une étape à cinq ans pour dresser un bilan complet avec le recul nécessaire.

Dans tous les cas, l'objectif devrait être d'aboutir à un diagnostic le plus partagé possible, comme cela a été réalisé par le conseil d'orientation des retraites (COR).

350 Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, la Documentation française, 2016.

2.3.3. Adapter la gestion des ressources humaines et le management publics

On a vu que les règles et les modes de gestion des agents publics valorisaient peu la prise de risque (cf. 1.2.2.2). Plusieurs propositions sont faites pour améliorer cette situation.

> **Proposition n° 20 :** prendre en compte l'aptitude à l'audace et à la créativité dans le recrutement des agents publics.

Comme le relevait en 2008 le *Libre blanc sur l'avenir de la fonction publique* : « *Le recrutement dans la fonction publique est essentiellement conçu comme un processus logistique et juridique et non comme la première étape – fondamentale – de la gestion des ressources humaines* ». La situation n'a pas été significativement modifiée depuis.

De nombreux rapports de jurys de concours d'entrée dans la fonction publique (notamment pour les catégories A et A+) relèvent le manque d'originalité des candidats et le fait que, par conviction ou par tactique, ils se signalent plus par le conformisme que par l'audace ou la créativité. La première recommandation simple qui peut donc être faite est que les jurys de recrutement soient encouragés à sélectionner, toutes choses égales par ailleurs, les candidats manifestant de telles qualités.

D'une manière générale, le caractère « mono-culturel » des décideurs publics, relevé dans de nombreuses études, est en lui-même un facteur de fragilisation des décisions. Au-delà même de l'identification de profils professionnels plus ouverts à l'innovation et à l'inventivité, une plus grande diversité, à compétences égales, des origines professionnelles, sociales, géographiques et culturelles est en soi une garantie de meilleure prise en compte de la réalité des situations et des enjeux dans la décision publique.

La troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration (ENA) avait cette vocation. Mais comme le relevait un rapport sur les concours d'accès à la fonction publique de Corinne Desforges, en 2008, cette modalité de recrutement n'a que très imparfaitement atteint son objectif. Le *Livre blanc* proposait de réformer le processus de recrutement par cette voie, en privilégiant le mécanisme de reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle, ce qui permettrait de mieux identifier les candidats qui ont fait preuve de capacité d'innovation et d'audace. Ainsi réformée, cette modalité de recrutement pourrait être étendue à l'ensemble des corps et cadres de catégories A et A+.

Proposition n° 21 : introduire des enseignements intégrant la gestion des risques dans la formation initiale et continue des fonctionnaires.

Au stade de la formation initiale, outre les stages, les élèves fonctionnaires devraient être systématiquement sensibilisés à la prise de décision, en situation d'incertitude, de risque et de gestion de crise, par des praticiens mais aussi par des sociologues, des DRH et des juristes. Cette sensibilisation devrait se poursuivre, dans le cadre de la formation continue, tout au long de la carrière, notamment à l'occasion de la prise de responsabilités managériales.

Proposition n° 22 : prendre en compte l'exposition au risque dans la rémunération.

Au sein des collectivités publiques, les postes présentant des sujétions particulières, notamment des risques de différentes natures, ne sont pas assez attractifs et sont donc pourvus avec difficulté. Sauf quand il s'agit de fonction d'encadrement, ils sont trop souvent occupés par des agents en début de carrière affectés d'« office », donc sans le souhaiter, et ne disposant pas de la formation et de l'expérience nécessaires. Dans l'esprit des préconisations du *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* (2008), il est proposé que, dans le cadre de la réforme du régime de rémunération des fonctionnaires récemment annoncée par le Gouvernement, la détermination du montant de la part fonctionnelle tienne compte de façon significative du degré de risque du poste occupé. Cet exercice sera effectué à partir des répertoires des métiers de la fonction publique ainsi qu'au vu des difficultés objectivement constatées pour pourvoir ces postes.

Proposition n° 23 : valoriser, dans la carrière, les fonctions exposées aux risques.

Il y a une forme de paradoxe à ce que la formation et la culture administratives soient perçues et vécues comme développant une aversion aux risques alors que le principe de mutabilité était présent dès les prémices du droit administratif et que la prise de risque professionnel est d'autant peu pénalisante que le statut protège des conséquences les plus fâcheuses d'un échec, notamment quand les fonctions comportent des prérogatives de puissance publique (cf. 1.2.2.2).

Toujours dans la suite du Livre blanc, il est proposé d'étendre dans les statuts des corps et des cadres d'emploi qui ne la prévoient pas, la règle selon laquelle un agent ne peut accéder au grade terminal de son corps ou cadre que s'il a occupé pendant une certaine durée, qui pourrait être de six ans, un des emplois présentant des sujétions particulières. Cette mesure permettrait d'attirer vers les postes difficiles des agents expérimentés mieux à même de faire face aux risques.

Par ailleurs, la mobilité entre les fonctions à caractère plutôt conceptuel et celles à caractère plus opérationnel devrait être organisée et promue. L'avancement à certains grades des corps et cadres d'emploi de catégorie A pourrait ainsi être conditionné à la réalisation préalable d'une mobilité statutaire.

Proposition n° 24 : prendre en compte l'exposition au risque dans l'évaluation individuelle des agents.

Les démarches innovantes impliquent une prise de risque pouvant aboutir à un échec, lequel ne doit pas être assimilé, de manière systématique, à une « sous performance ». Inciter à innover et à s'exposer à un plus grand risque d'échec, implique de faire évoluer les représentations. La sécurisation des parcours de fonctionnaires subissant un échec, après avoir accepté une mission particulièrement risquée, doit également être organisée, dès lors que cet échec, finement analysé dans le cadre de retours d'expériences, ne correspond pas à une sous performance.

■ Il est proposé que, dans le cadre de l'entretien individuel d'évaluation, généralement annuel, se tienne un échange entre chaque agent et son supérieur hiérarchique, visant à analyser les situations de risque rencontrées et assumées par l'agent et à effectuer un retour d'expérience. Le supérieur hiérarchique pourrait en tenir compte pour fixer la part de la rémunération au mérite de l'agent ou du groupe d'agents concerné, si cette action ou décision a eu un caractère collectif. Cette évaluation devrait tenir compte des objectifs fixés à l'agent et des risques pris pour les atteindre. Elle pourra aussi permettre d'enrichir le parcours professionnel de l'agent.

■ Il faut, parallèlement, promouvoir l'évaluation des cadres dirigeants. Si des progrès significatifs ont été faits sur l'identification en amont des profils à haut potentiel, sur les formations à la prise de responsabilité de premier rang et sur la constitution des viviers dans lesquels s'effectue le choix du Gouvernement, cela ne s'est pas accompagné d'un effort équivalent sur l'évaluation des cadres dirigeants de l'État (directeur d'administration centrale, préfet, recteur, directeur de service déconcentré, directeur général d'établissement public, etc.) qui, pour une part très importante, ne sont pas évalués du tout ou le sont de manière informelle et sur des critères non objectivisés et non formalisés. Il convient de mettre en place une telle évaluation, notamment pour mieux prendre en compte le degré d'exposition au risque des postes qu'ils occupent.

Proposition n° 25 : apporter un soutien aux agents publics confrontés au risque.

Les agents publics qui sont confrontés à un risque – en subissant parfois une pression telle qu'ils ne peuvent occuper leurs fonctions que quelques mois – doivent être effectivement soutenus. De même, ceux qui, malgré les mesures prises pour l'éviter, sont confrontés à la réalisation d'un risque, ne doivent pas être stigmatisés (cf. 1.2.2.2). Or, les uns comme les autres, qui ont souvent le sens du service public « chevillé au corps », peuvent vivre ces situations douloureusement. Qu'il soit ou non en situation d'échec, l'agent public, qui prend un risque à bon escient, doit ainsi pouvoir bénéficier, de la part de l'administration dont il relève, d'un soutien approprié.

■ Sans aller jusqu'à reconnaître formellement un « droit à l'erreur » aux agents publics, comme cela a été fait au profit du public (cf. 1.2.1.3), certaines mesures concrètes devraient être prises. Bien sûr, les agents ont toujours la possibilité d'interroger la direction des affaires juridiques de leur administration, qui peut leur apporter un soutien utile, comme ils peuvent saisir un référent en matière de déontologie[351]. Mais, comme cela existe dans plusieurs grandes entreprises privées, un cadre de discussion informel, réunissant d'anciens titulaires de fonctions exposées au risque, devrait être mis en place, afin d'apporter un soutien de proximité aux agents confrontés à un risque important. Ce cadre devrait également pouvoir servir, en amont, au moment où se pose la question de la prise d'un risque ou, enfin, lorsque les agents sont l'objet de propos portant atteinte à leur réputation ou les mettant en cause, notamment sur les réseaux sociaux.

■ L'accompagnement des agents confrontés à un risque passe aussi par une information sur leurs droits, notamment la protection fonctionnelle prévue par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 (cf. 1.2.2.1). Il consiste aussi dans les moyens propres à garantir que l'exposition à un risque, qui se solde par un échec, ne nuira pas à leur carrière.

Compte tenu de l'importance de la question, les administrations devraient se doter de lignes directrices en la matière qui feraient l'objet d'une circulaire, prise au niveau interministériel et complétée dans chaque ministère, définissant les modalités pratiques de la protection apportée aux agents, lesquelles ne sont pour l'instant précisées qu'en ce qui concerne la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales[352].

Proposition n° 26 : encourager l'innovation en matière de *management* public.

La gestion des ressources humaines dans la fonction publique repose beaucoup trop, on le sait, sur la gestion des textes[353]. Des efforts ont été faits pour y introduire une stratégie « RH » portant sur la gestion des compétences et l'accompagnement des parcours des agents. Les cadres ne sont toutefois pas suffisamment incités à mettre en place des modes de fonctionnement innovants et à favoriser la créativité de leurs collaborateurs.

■ Les outils innovants de *management* et d'organisation du travail devraient donc être promus. À cet égard, pourraient être étoffées les formations, initiales et continues, aux méthodes d'« amélioration continue » (*lean management*), qui visent à améliorer la performance d'un service en fournissant aux usagers ce à quoi ils attachent de la valeur, ou à la « pensée de conception » (*design thinking*), qui consiste à résoudre un problème en élaborant la solution, comme pour un prototype, par de multiples aller-retour avec les usagers.

351 Article 28 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires.
352 Décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017 relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit.
353 Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, la Documentation française, 2003 ; J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, 2008.

■ L'encouragement de l'innovation en matière managériale devrait aussi passer par l'organisation plus régulière de réunions entre cadres appartenant à des services et domaines variés, visant à partager des bonnes pratiques et à bénéficier de témoignages de décideurs publics de haut niveau sur les difficultés, erreurs ou échecs qu'ils ont pu rencontrer dans leur carrière, afin de dédramatiser la prise de risque.

■ Enfin, promouvoir l'innovation de manière générale dans la fonction publique implique de faire émerger des espaces et des modes d'organisation au sein des administrations favorisant l'initiative, l'autonomie et la prise de risque. La création d'organisations de type « intrapreneuriat », permettant à des fonctionnaires volontaires, éventuellement après un appel à idées, de développer un projet en dehors de leur service d'affectation, et de bénéficier, à cette occasion, d'un accompagnement méthodologique, répondrait à plusieurs objectifs : détection de potentiels, fidélisation de talents et incitation à la prise d'initiative.

2.4. Améliorer le traitement du contentieux de la responsabilité des acteurs publics

2.4.1. Le contentieux administratif

Proposition n° 27 : donner rapidement la bonne interprétation d'une norme ou d'un principe nouveaux.

L'existence d'un recours contentieux contre une décision administrative crée, par construction, le temps que les voies de recours aient été purgées, une incertitude juridique (cf. 1.2.1.4). Dans le cas d'une première application de certains principes ou normes nouveaux par des juridictions du fond, cette incertitude peut être fréquente : tel fut par exemple le cas pour le principe de précaution. L'harmonisation de la jurisprudence peut aussi prendre un certain temps. Or, dans l'intervalle, et parfois même à plus long terme, les décideurs publics peuvent être dissuadés d'agir, ce qui est préjudiciable pour l'intérêt général.

Même si les délais de jugement devant la juridiction administrative ont aujourd'hui atteint un plancher, toute procédure permettant d'obtenir rapidement, de la part du juge, une première indication sur la portée d'une norme nouvelle doit être favorisée. Elle doit l'être, normalement, par le recours à la demande d'avis prévue à l'article L. 113-1 du code de justice administrative, aux termes duquel : « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée (…)* ».

Il serait également souhaitable que le sursis à exécution, devant les cours administratives d'appel, d'un jugement de tribunal administratif, prévu aux articles R. 811-14 et suivants du code de justice administrative, relève, comme le référé, d'une procédure d'urgence. Une procédure équivalente pourrait également être mise en place s'agissant du sursis des arrêts des cours administratives d'appel frappés de pourvoi devant le Conseil d'État, prévu à l'article R. 821-5 du code de justice administrative.

Proposition n° 28 : poursuivre l'adaptation du contrôle du juge administratif sur les décisions devant prendre en compte de multiples intérêts publics et privés.

Le décideur public est souvent confronté, notamment au niveau local, pour la réalisation d'un projet donné, à une pluralité de réglementations à respecter, chacune poursuivant un objectif d'intérêt général.

La jurisprudence a déjà retenu des approches comparées d'intérêts publics qui peuvent se trouver en contrariété les uns avec les autres.

Dégagé pour les déclarations d'utilité publique (DUP)[354], le contrôle du bilan met ainsi en balance l'intérêt public du projet pour lequel une expropriation est envisagée avec les atteintes qu'il porte à d'autres intérêts publics ou privés. Ce contrôle renforcé s'applique aussi dans quelques autres hypothèses, comme les dérogations aux plans d'urbanisme[355] et d'aménagement[356], l'implantation irrégulière d'ouvrages publics[357], l'institution de servitudes ou de zones de protection[358]. Toutefois son champ est demeuré relativement limité.

Selon une démarche comparable, la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse[359] met en balance les impératifs du respect de la légalité avec les conséquences excessives qui résulteraient « pour les divers intérêts publics ou privés en présence » du caractère rétroactif d'une annulation. De plus en plus affirmé, en particulier dans le cadre européen, le contrôle de proportionnalité conduit aussi à comparer différents intérêts publics.

Afin de mieux prendre en compte la pluralité des contraintes pesant, de façon croissante, sur les décideurs publics, une telle approche pourrait être utilement retenue pour mieux fixer le cadre dans lequel doivent être prises les décisions administratives qui interviennent au terme d'un bilan « bénéfice/risque » ou « avantage/coût ».

354 CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*.

355 CE, Ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, n° 86275.

356 CE, Sect., 30 octobre 1992, *Ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alam Champ de Mars*, n° 140220.

357 CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, n° 245239.

358 CE, 23 févr. 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, n° 292397.

359 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886 et autres.

2.4.2. La responsabilité financière

Proposition n° 29 : engager une réflexion sur la responsabilité des ordonnateurs.

Comme il a été dit plus haut (cf. 2.2.2.1), certains ordonnateurs – les ministres et, sauf dans des cas très limités, les exécutifs locaux – ne sont pas justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF). Cette différence de traitement entre ordonnateurs a été jugée conforme à la Constitution.

Le régime de responsabilité des ordonnateurs prévoit en outre que les personnes qui peuvent être poursuivies devant la CDBF « *ne sont passibles d'aucune sanction si elles peuvent exciper d'un ordre écrit de leur supérieur hiérarchique ou de la personne légalement habilitée à donner un tel ordre, dont la responsabilité se substituera dans ce cas à la leur, ou donné personnellement par le ministre compétent, dès lors que ces autorités ont été dûment informées sur l'affaire* »[360]. Cette disposition, qui permet au supérieur hiérarchique d'endosser la responsabilité de ses subordonnés, fonctionne en règle générale. Tel n'est plus le cas, toutefois, lorsque le supérieur hiérarchique, tel le ministre, n'est pas justiciable de la cour, puisqu'alors personne n'est responsable. Un tel dispositif a été mis en place afin de répondre à la nécessité, dans des circonstances très particulières, de s'écarter des règles de la gestion budgétaire et financière en présence d'un intérêt général caractérisé : il a pu ainsi permettre, lors d'évènements imprévus comme la survenance de catastrophes naturelles, d'engager des crédits dans l'urgence, en méconnaissance des règles applicables, en faisant « couvrir » cette illégalité par le ministre, qui n'est pas justiciable devant la CDBF. Mais le recours à ce mécanisme n'est soumis à aucun contrôle et il a pu aussi servir à laisser impunie une mauvaise gestion caractérisée des deniers publics comme l'a fréquemment rappelé la Cour des comptes.

Alors que l'on souhaite responsabiliser les agents publics, il peut paraître contradictoire de maintenir un régime qui exonère de toute responsabilité financière les personnes sous l'autorité desquelles ces agents sont placés. C'est pourquoi il est proposé d'engager une réflexion sur le régime de la responsabilité financière de tous les ordonnateurs, y compris les ministres et les exécutifs locaux.

Une telle réflexion pourrait être menée dans un cadre plus vaste portant sur l'évolution des attributions et des responsabilités entre des acteurs, ordonnateurs et comptables, des finances publiques.

2.4.3. La responsabilité pénale

Ainsi qu'il a été dit, le « risque pénal » est fortement ressenti par les agents publics (cf. 1.2.2.1). Or, il est dans l'intérêt général que ce « risque pénal » ne les conduise pas à adopter une attitude de prudence excessive pouvant nuire à l'efficacité de l'action.

360 Art. L. 313-9 du code des juridictions financières.

On a vu que la loi du 10 juillet 2000, dite « Fauchon », qui est applicable aux agents publics comme aux personnes privées, semble avoir atteint le but qu'elle s'assignait : en exigeant, pour les délits non intentionnels, une faute caractérisée pour engager la responsabilité d'un décideur, lorsque cette faute n'est pas directement à l'origine du dommage, elle a permis d'éviter des mises en cause qui étaient aberrantes. Toutefois, il paraît utile de préciser le régime de responsabilité pénale des décideurs publics en cas d'inaction de leur part. Dès lors, si les dispositions du projet de loi constitutionnelle délibéré lors du conseil des ministres du 9 mai 2018, prévoyant que la responsabilité des membres du Gouvernement « *ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable* », sont adoptées, elles devraient être étendues, dans tous les cas, aux autres décideurs publics dont les fonctions comportent des difficultés comparables et leur extension aux décideurs privés devrait être étudiée. L'idée consistant à réserver aux ministres, voire aux seuls agents publics, le bénéfice d'une protection particulière paraît en effet se heurter à de solides objections. Lors de la discussion des dispositions introduites à l'article 121-3 du code pénal par la loi du 10 juillet 2000, le garde des Sceaux avait observé, à propos de l'ensemble des agents publics : « *Il n'est (...) pas possible de conserver une rédaction qui laisserait croire, même à tort, que la responsabilité pénale en cas de causalité indirecte ne pourra être engagée que dans des hypothèses si exceptionnelles qu'il en résulterait dans de nombreux cas des impunités choquantes* »[361] : l'observation reste d'actualité. Une telle différence de traitement en faveur des agents publics pourrait en outre être regardée par le Conseil constitutionnel comme méconnaissant le principe d'égalité[362].

Il ne s'agit pas non plus de remettre en cause la nécessité et, moins encore, la légitimité d'investigations tendant à rechercher si des infractions pénales ont pu être commises lorsque la vie ou l'intégrité physique de personnes a été atteinte à la suite de la survenance d'une catastrophe naturelle, de la défaillance d'un équipement ou encore de la diffusion ou de l'utilisation d'un produit présentant un danger pour la santé.

Aussi, il a paru utile de rechercher les mesures qui, sans affecter l'efficacité des investigations judiciaires, seraient de nature à atténuer le légitime sentiment d'inquiétude qu'elles font naître, notamment chez les agents publics.

> **Proposition n° 30 :** mettre en place un outil permettant de mesurer le « risque pénal » pour les agents publics.

On a vu qu'aucun outil centralisé ne permet aujourd'hui de réunir les informations relatives aux mises en cause et condamnations d'agents publics, quel qu'en soit le fondement (cf. 1.2.2.1). Il apparaît nécessaire qu'un tel outil statistique soit mis en place afin que le risque pénal et son évolution puissent être appréciés au regard de données objectives et fiables.

361 *JO,* séance du 15 juin 2000 au Sénat, p. 4119.

362 CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

Proposition n° 31 : réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction.

Comme cela a déjà été indiqué (cf. 2.2.2.1), le risque de mise en cause des agents publics est sérieux et fortement déstabilisant. La durée des procédures pénales apparaît, pour eux comme pour toute personne, comme un facteur aggravant. L'incertitude quant à l'issue des investigations doit ainsi être levée le plus rapidement possible afin que l'action publique, la vie privée ou la carrière des personnes concernées, ne se trouvent pas affectées plus que nécessaire.

La première voie qui s'offre à cet effet est celle de la simplification des règles procédurales qui n'ont cessé de se complexifier au fil des réformes et pèsent sur la conduite de l'instruction. Il convient tout à la fois d'alléger ou supprimer les formalités trop lourdes, inutiles ou redondantes et de développer les procédures transactionnelles qui, lorsque la faute apparaît indiscutable, permettent d'éviter de longs procès. En déposant récemment le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, dont la simplification constitue l'un des principaux axes, le Gouvernement s'est d'ores et déjà engagé dans cette voie.

Il est par ailleurs indispensable que, pour le traitement des dossiers les plus lourds et les plus complexes, les magistrats disposent de moyens adaptés. À cet égard, beaucoup a été fait avec, notamment, la création par la loi[363] de pôles de santé publique appelés à traiter les affaires d'une grande complexité en matière sanitaire. Se pose toutefois la question de l'adéquation des moyens des services ou unités de police judiciaire, parfois spécialisés, chargés de mener les investigations qu'appellent ces affaires d'une dimension hors normes affectant des centaines voire des milliers de victimes. Il est vain d'espérer le traitement de telles affaires dans un délai raisonnable en renforçant la spécialisation et les moyens des magistrats si, sur le terrain, les effectifs des services d'enquête sont insuffisants. À cet égard, il serait utile qu'une mission d'inspection conjointe des ministères de la justice et de l'intérieur dresse un état des lieux afin que puissent être prises les mesures nécessaires.

Enfin, dans ce type d'affaires se pose la question de l'expertise judiciaire. À la fois d'une importance cruciale et d'une grande complexité, les opérations d'expertise sont longues et donnent souvent lieu à des observations ou contestations appelant complément d'expertise ou contre-expertise. Afin de réduire le temps de ces opérations, il est souhaitable d'en limiter le nombre et d'alléger autant que possible le travail de l'expert de manière qu'il puisse se consacrer exclusivement à l'analyse scientifique ou technique destinée à éclairer la décision du magistrat sur le bien-fondé de la poursuite. Il est important, à cet égard, que les experts soient bien formés à ce qui est attendu d'eux. Lorsque les experts sont appelés également à apprécier le préjudice subi par les victimes dans la perspective de leur indemnisation, ceci alourdit considérablement la procédure d'instruction et retarde d'autant l'issue des investigations quand les victimes se comptent par centaines ou par milliers. Certes,

363 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

il est déjà possible, pour le tribunal correctionnel, de décider, après avoir statué sur l'action publique, de renvoyer l'affaire à une date ultérieure pour statuer sur l'action civile[364] et cette possibilité devrait être étendue à la cour d'assises[365]. Mais il paraît souhaitable d'aller au-delà ; dans le prolongement de la mission confiée à Mme Bussière par la garde des Sceaux aux fins d'assurer une prise en charge mieux adaptée des victimes d'actes de terrorisme, devrait être examinée la question de savoir si, dans le cas de contentieux de masse, l'indemnisation des victimes ne devrait pas être confiée exclusivement au juge civil ou administratif, sans préjudice du droit pour celles-ci de se constituer partie civile devant le juge pénal pour corroborer l'action publique. Une telle réforme limiterait le procès pénal à la recherche de la responsabilité pénale, ce qui en réduirait fortement la durée, dans l'intérêt de toutes les parties.

Proposition n° 32 : favoriser le développement du statut de témoin assisté.

Aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale, « *le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté* ». Toutefois, comme cela a été indiqué (cf. 1.2.2.1), aucun critère n'encadrant le choix du juge, cette règle ne se traduit pas nécessairement dans la pratique judiciaire.

Aussi il paraît souhaitable que le législateur introduise une règle plus ferme et plus claire en posant en principe que, quel que soit le degré de son implication, une personne mise en cause ne peut être entendue que sous le statut de témoin assisté. Il ne serait dérogé à ce principe que dans deux cas : d'une part, lorsque le juge d'instruction envisage de prendre ou de solliciter à l'égard de l'intéressé une mesure coercitive[366] et, d'autre part, en fin d'instruction, lorsqu'il envisage un renvoi devant la juridiction de jugement.

Il paraît en effet cohérent que, sauf mesures coercitives, la décision sur la mise en examen n'intervienne qu'en fin d'information, à un stade où le juge d'instruction est le plus complètement informé de la nature et de la gravité des indices de culpabilité. La solution aurait en outre le mérite de simplifier et clarifier un dispositif législatif d'une grande subtilité qui repose aujourd'hui sur des distinctions largement artificielles[367]. Elle aurait surtout l'avantage d'éliminer le contentieux que nourrit actuellement la mise en examen en raison des enjeux qui y sont attachés – essentiellement, contentieux de l'annulation en raison de l'insuffisance des indices ou, plus rarement, contentieux du retrait en raison de la

364 Art. 434 du code de procédure pénale.

365 Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022.

366 Détention provisoire, contrôle judiciaire ou assignation à résidence sous surveillance électronique.

367 Comme cela a été indiqué, une personne peut être entendue comme témoin assisté même lorsque les conditions de la mise en examen sont réunies. En outre, une personne placée sous le statut de témoin assisté peut être mise en examen à tout moment sans qu'il soit nécessaire de faire état d'éléments nouveaux (Cass. Crim., 11 juin 2013, n° 13-80.159, B. n° 133 ; Cass. Crim., 13 sept. 2011, n° 11-82.051, B. n° 176 ; Cass. Crim., 29 mars 2006, n° 06-80.273, B. n° 99). Il importe seulement en ce cas que les conditions de la mise en examen soient réunies.

disparition des indices. Ce contentieux n'a pas seulement pour effet de perturber et, le cas échéant, de retarder le cours de l'instruction. Il accentue la confusion entre suspicion et culpabilité en ouvrant en cours d'information un débat sur le fond du dossier qui peut apparaître prématuré, comme une anticipation du débat qui pourra s'ouvrir à l'issue de l'information sur l'existence de charges de culpabilité ou du débat qui, le cas échéant, s'ouvrira devant la juridiction de jugement sur le bien-fondé de l'accusation. La décision prise par la chambre de l'instruction et donc par une juridiction d'appel collégiale – risque ainsi d'apparaître comme un préjugement, soit qu'elle conforte la mise en examen soit qu'elle l'annule.

L'évolution proposée suppose bien entendu un certain nombre d'aménagements. Outre la modification des champs d'application respectifs des statuts de mis en examen et de témoin assisté, devrait être reconnu au second des droits plus étendus. En particulier, il serait alors indispensable qu'en cas d'expertise, le témoin assisté bénéficie des mêmes droits que ceux accordés actuellement aux personnes mises en examen[368]. En tout état cause, il importe que le dispositif ne se réduise pas à un simple changement de dénomination mais qu'il assure réellement une meilleure conciliation entre les exigences de la recherche de la vérité et la préservation de la réputation de la personne.

368 En l'état des dispositions de l'article 161-1 du code de procédure pénale, le témoin assisté est irrecevable à demander au juge d'instruction la modification d'une mission d'expertise et à saisir d'une contestation de l'ordonnance rendue par celui-ci le président de la chambre de l'instruction (Cass. Crim., 14 décembre 2011, n° 11-85.753, B. n° 257).

Conclusion

Dans sa lettre, le Premier ministre indiquait : «*Sans encourager une prise de risque disproportionnée ou irréfléchie qui aurait, pour nos concitoyens, des conséquences négatives, voire irréparables, il est nécessaire que les décideurs publics puissent mieux prendre en compte et assumer la part de risque inhérente à la conduite des politiques publiques.*» C'est la ligne directrice qui a été retenue dans la présente étude : faire en sorte que les acteurs publics continuent à assumer un haut niveau de protection du public contre l'ensemble des risques susceptibles d'être générés par les diverses activités de la société et de l'économie contemporaines, toutefois, non seulement sans brider ces activités, mais même en y encourageant toutes les formes d'innovation.

On a vu que, pour cela, il est d'abord nécessaire que les acteurs publics puissent apprécier de façon plus exacte et plus objective les risques qu'ils prennent. En effet, c'est l'incertitude ou l'ignorance qui les conduit, le plus souvent, à adopter une attitude exagérément précautionneuse. Alors qu'on assiste, un peu partout dans le monde, au retour de diverses formes d'obscurantisme, il est important qu'en France, pays des Lumières, les décideurs publics fassent confiance à la science et à la raison.

Mais, au-delà, les acteurs publics seront d'autant plus encouragés à prendre certains risques que la culture du risque se sera développée au sein de la population dans son ensemble et que la gestion des ressources humaines et le *management* publics valoriseront la prise de risque.

Enfin, le juge qui, en démocratie, est le gardien ultime de l'ordre public, doit disposer des outils lui permettant de sanctionner quand il le faut ceux qui y portent atteinte, mais de façon proportionnée et dans des délais raisonnables.

Les propositions formulées dans la présente étude ont visé à atteindre simultanément ces trois objectifs. Le pari a ainsi été fait qu'il est possible de concilier les traditions et les valeurs de nos services publics avec leurs capacités non seulement à s'adapter aux nouveaux défis technologiques, économiques et sociétaux mais aussi à stimuler les aspects positifs des transformations qui les accompagnent.

Comme l'affirmait Louis de Broglie, prix Nobel de physique en 1929 : « *Le risque est la condition de tout succès* ».

Synthèse des propositions

1. Concevoir une stratégie de prise en compte du risque dans l'action publique

Proposition n° 1 : énoncer une stratégie pour une action publique audacieuse.

Proposition n° 2 : renforcer la prospective publique.

Proposition n° 3 : développer la capacité d'anticipation dans les ministères et dans les principales collectivités territoriales.

2. Permettre aux décideurs publics de mieux gérer les risques exogènes

2.1 Savoir

Proposition n° 4 : valoriser l'expertise interne à l'administration.

Proposition n° 5 : clarifier les modalités de l'expertise externe.

Proposition n° 6 : renforcer les capacités d'alerte et organiser le retour d'expérience.

2.2 Décider

Proposition n° 7 : adapter l'organisation administrative en fonction des risques encourus.

Proposition n° 8 : clarifier les places respectives de l'évaluation et de la gestion des risques.

Proposition n° 9 : mieux expliquer la portée du principe de précaution.

2.3 Informer, dialoguer et former

Proposition n° 10 : partager avec le public l'information sur les risques, le sensibiliser et le former.

3. Encourager les décideurs publics à agir de façon audacieuse

3.1 Améliorer la gouvernance publique

Proposition n° 11 : renforcer les capacités de choix du Parlement.

Proposition n° 12 : clarifier les rôles des décideurs publics, politiques et administratifs.

Proposition n° 13 : permettre au débat démocratique de mieux s'exercer.

Proposition n° 14 : privilégier des normes fondées sur des objectifs et contrôler leur mise en œuvre selon le principe de proportionnalité.

Proposition n° 15 : déterminer le bon niveau de décision en fonction des risques encourus.

Proposition n° 16 : sensibiliser les décideurs publics sur les marges de manœuvre dont ils disposent pour prendre leur décision.

Proposition n° 17 : renforcer le caractère collégial de la prise de certaines décisions publiques.

Proposition n° 18 : encourager les décideurs publics à consacrer du temps à la décision et à l'innovation.

Proposition n° 19 : renforcer l'évaluation *ex post* des décisions.

3.3 Adapter la gestion des ressources humaines et le management publics

Proposition n° 20 : prendre en compte l'aptitude à l'audace et à la créativité dans le recrutement des agents publics.

Proposition n° 21 : introduire des enseignements intégrant la gestion des risques dans la formation initiale et continue des fonctionnaires.

Proposition n° 22 : prendre en compte l'exposition au risque dans la rémunération.

Proposition n° 23 : valoriser, dans la carrière, les fonctions exposées aux risques.

Proposition n° 24 : prendre en compte l'exposition au risque dans l'évaluation individuelle des agents.

Proposition n° 25 : apporter un soutien aux agents publics confrontés au risque.

Proposition n° 26 : encourager l'innovation en matière de *management* public.

4. Améliorer le traitement du contentieux de la responsabilité des acteurs publics

4.1 Le contentieux administratif

Proposition n° 27 : donner rapidement la bonne interprétation d'une norme ou d'un principe nouveaux.

Proposition n° 28 : poursuivre l'adaptation du contrôle du juge administratif sur les décisions devant prendre en compte de multiples intérêts publics et privés.

4.2 La responsabilité financière

Proposition n° 29 : engager une réflexion sur la responsabilité des ordonnateurs.

4.3 La responsabilité pénale

Proposition n° 30 : mettre en place un outil permettant de mesurer le « risque pénal » pour les agents publics.

Proposition n° 31 : réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction.

Proposition n° 32 : favoriser le développement du statut de témoin assisté.

Annexes

Annexe 1 – Lettre de mission

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Le Premier Ministre

2201/17/SG

Paris, le 06 DEC. 2017

à

Monsieur le Vice-président du Conseil d'État

Objet: Étude sur la prise en compte du risque dans la décision publique.

La décision publique est la traduction des orientations décidées par le législateur et l'exécutif conformément à la volonté des citoyens. Son auteur assume une responsabilité qui dépasse la seule application mécanique des règles existantes.

La prudence et la prévoyance sont, à cet égard, deux qualités essentielles de l'action publique. Néanmoins, certaines situations, parce qu'elles sont inédites ou incertaines, nécessitent une marge d'appréciation, une capacité d'adaptation, voire une forme de créativité des décideurs publics. Pour exercer leurs missions et les responsabilités qui les accompagnent, ces derniers doivent être en mesure de faire des choix qui, tout en étant conformes à l'intérêt général et aux objectifs qui leur sont assignés, comportent une part d'incertitude ou de risque. Cette marge d'appréciation et de liberté est essentielle au bon fonctionnement de l'administration qui doit s'adapter, au service des citoyens, aux transformations des conditions économiques, sociales et technologiques. Elle est aussi indispensable au développement économique.

Cependant, il semble qu'en l'état actuel du droit la décision publique puisse se trouver inhibée par la crainte de la survenance des dommages, réels ou supposés, qu'elle est susceptible de causer. Les considérations générales du rapport public 2005 du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, mettent en évidence une évolution de la perception des risques et une volonté accrue des citoyens de s'en prémunir via des dispositifs juridiques complets. Cet état d'esprit suscite une demande sociale favorable à la pénalisation des manquements constatés et à l'émergence de systèmes normatifs ou de réglementations et procédures complexes fondés sur la répression, plutôt que sur la prévention ou la confiance. Les textes législatifs et réglementaires ont ainsi multiplié les obligations

de sécurité imposées aux agents publics ou aux opérateurs privés ainsi que les qualifications pénales en cas de manquement à celles-ci, sans toujours prendre en considération leur faisabilité concrète. L'instabilité de la norme, la remise en cause parfois imprévisible de certains choix antérieurs et l'imposition de nouvelles obligations assorties de sanctions pénales peuvent aussi exercer un effet dissuasif sur la prise de décision publique, l'activité d'entreprises privées ou la recherche-développement. Dans ce contexte, certains décideurs publics peuvent manifester une réelle aversion à la prise de risque et se montrer peu enclins à faire preuve de créativité ou à adapter les dispositifs existants par crainte des conséquences qu'ils pourraient encourir en cas de dommage.

Sans encourager une prise de risque disproportionnée ou irréfléchie qui aurait, pour nos concitoyens, des conséquences négatives, voire irréparables, il est nécessaire que les décideurs publics puissent mieux prendre en compte et assumer la part de risque inhérente à la conduite des politiques publiques. L'excès de prudence fait en effet courir à l'État, aux personnes publiques et à la société dans son ensemble la menace d'une perte de dynamisme et d'efficacité. Les dispositifs qui conduisent à une mise en cause systématique des agents publics devraient ainsi être transformés, sans déresponsabiliser les agents, ni remettre en cause le principe légitime de précaution, les mesures de prévention et de sanction nécessaires et les mécanismes de réparation en cas de préjudice.

Dans ce contexte, je souhaite que le Conseil d'État puisse conduire une étude permettant d'éclairer cette réflexion et de faire des propositions susceptibles de renouveler l'équilibre entre, d'une part, la prévention et la répression des auteurs de décisions pouvant causer des dommages, ainsi que la légitime réparation des préjudices subis et, d'autre part, la part de risque inhérente à toute décision publique prise dans l'intérêt général, notamment lorsqu'elle tend à inscrire l'action publique dans les évolutions économiques, technologiques ou sociales plus globales auxquelles notre pays est confronté. Il convient, en particulier, de s'attacher à évaluer le cadre général de la prise de décision publique pouvant avoir des impacts dans les domaines de la sécurité, de la santé, de l'environnement et de la recherche.

Cette étude devra faire le point, d'une part sur les pratiques de gestion et les modes de gouvernance publics les plus adaptés, d'autre part sur la législation, la réglementation et la jurisprudence – constitutionnelle, pénale, civile et administrative – pertinente dans notre pays et analyser la manière dont les textes, tels qu'interprétés par le juge, encadrent, au regard de risques divers, la prise de décision publique ainsi que les activités privées et de recherche. Elle devra se prononcer sur la pertinence, au regard de l'objectif poursuivi, des principales législations de l'Union européenne. Elle devra également recenser, à partir de l'expérience d'autres Etats, en particulier des principaux Etats de l'Union européenne et de l'OCDE, les règles et bonnes pratiques en la matière dont la transposition pourrait, le cas échéant, être recommandée. Il sera aussi utile que cette étude dresse un bilan des dispositifs de socialisation du risque, tels que ceux développés en matière sanitaire, qui assurent une indemnisation effective des victimes en dehors de tout lien avec une responsabilité particulière.

Je souhaite que, sur la base de ces constats, le Conseil d'État formule des recommandations sur la manière de parvenir à un nouvel équilibre entre les règles préventives et répressives de nature à favoriser la prise de décision par les autorités publiques et certains opérateurs privés. Cette étude devra également procéder à une analyse critique du régime de responsabilité des agents publics afin d'en tirer toute recommandation utile. Ce régime ne doit pas être un frein à la prise de décision et doit, au contraire, permettre à l'administration d'exercer avec courage et efficacité ses missions, sans bien sûr remettre en cause le principe de responsabilité en cas de faute avérée et sans renoncer à adapter les régimes de responsabilité sans faute.

Il est aussi important que les décideurs publics puissent mesurer le plus précisément possible la part de risque inhérente à l'exercice de leurs missions afin de l'évaluer et de le maîtriser *ex ante* et d'en tirer les conséquences nécessaires *ex post*. L'étude devra, à cet égard, s'attacher à proposer des axes de réflexion sur la sensibilisation des agents publics à ces questions et sur les éventuelles actions de formation à mettre en oeuvre, ainsi que sur le renforcement de la collaboration entre les différents pôles d'expertise et de décision publique. Elle pourra aussi faire des recommandations portant notamment sur les règles d'organisation et de gouvernance qui paraîtront de nature à assurer une gestion des risques qui ne freine pas l'innovation.

Je souhaite pouvoir disposer de l'étude du Conseil d'État pour le début du mois de mai 2018.

Edouard PHILIPPE

Annexe 2 – Composition du groupe de travail

Les fonctions mentionnées sont celles occupées à la date à laquelle les personnes ont siégé dans le groupe de travail

Président : Jean-Ludovic Silicani, conseiller d'État, président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Rapporteur général : Frédéric Puigserver, maître des requêtes

Rapporteur : Thomas Odinot, auditeur

avec le concours de Sarah Houllier, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Pour le Conseil d'État :

Catherine de Salins, conseiller d'État
Jean-Luc Nevache, conseiller d'État
Philippe Carré, conseiller d'État en service extraordinaire
Marion Guillou, conseiller d'État en service extraordinaire

Pour la Cour de cassation :

Frédéric Desportes, avocat général près la chambre criminelle de la Cour de cassation

Pour l'université :

Olivier Borraz, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre de sociologie des organisations de Sciences Po

Pour les administrations centrales :

Ministère de la transition écologique et solidaire

Julien Boucher, directeur des affaires juridiques du ministère de la transition écologique et solidaire

Ministère de l'économie et des finances

Laure Bédier, directrice des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Ministère du travail

Philippe Ranquet, directeur des affaires juridiques des ministères chargés des affaires sociales

Ministère de l'action et des comptes publics

Véronique Gronner, cheffe du service des parcours de carrière et des politiques salariale et sociale à la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP)

Annexe 3 – Liste des personnes auditionnées, rencontrées et consultées

Les fonctions mentionnées sont celles occupées à la date à laquelle les personnes ont été rencontrées (liste par ordre alphabétique)

Rod Ainsworth, directeur des affaires juridiques de la *Food Standards Agency* du Royaume-Uni

Sylvain Allano, ancien directeur de l'innovation du groupe Peugeot

Thomas Andrieu, directeur des affaires civiles et du sceau

Philippe Bonnecarrère, sénateur du Tarn

Gérald Bronner, sociologue

Michel Cadot, préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, président de l'association du corps préfectoral

Jacques Clément, directeur des ressources humaines du ministère de la transition écologique et solidaire

Bernard Chevassus-au-Louis, biologiste

Pierre-Franck Chevet, président de l'Autorité de sûreté nucléaire

François Ewald, philosophe et sociologue

Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL

Pierre Giorgini, ancien directeur de l'innovation d'Orange

Stanislas Guerini, député de Paris

Rémy Heitz, directeur des affaires criminelles et des grâces

Stéphane Jacobzone et Céline Kauffman, économistes à l'OCDE

Gilles Johanet, procureur général près la Cour des comptes

Stéphanie Kass-Danno, magistrate de liaison à l'ambassade de France en Allemagne

Denis Kessler, président-directeur général du groupe Scor

John Krebs, zoologiste, ancien directeur du *Jesus College* d'Oxford et ancien président de la *British Science Association*

Pascal Lagarde, directeur exécutif en charge de l'international, de la stratégie, des études et du développement et Daniel Demeulenaere, directeur de la stratégie et du développement, à BPI France

Francis Lamy, conseiller d'État, président adjoint de la section de l'Intérieur, ancien préfet

Bettina Laville, conseiller d'État, spécialiste des politiques environnementales

Corinne Lepage, ancienne ministre de l'environnement

Dominique Martin, directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)

François Molins, procureur de la République de Paris

Marc Mortureux, directeur général de la prévention des risques

Jean Pisani-Ferry, ancien commissaire général de France stratégie

Guillaume Poupard, directeur général de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information

James Quinault, directeur du *Implementation Group* au *Cabinet Office* du gouvernement du Royaume-Uni

Magali Reghezza, géographe

Jacky Richard, conseiller d'État, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique

Luc Rousseau, vice-président du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies

Carine Saloff-Coste, directrice de l'innovation de la Ville de Paris

Jean-Luc Sauron, conseiller d'État, délégué au droit européen à la section du rapport et des études du Conseil d'État

Karima Silvent, directrice des ressources humaines du groupe Axa

Bernard Stiegler, philosophe

Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État

Didier Tabuteau, conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État, professeur associé à l'Université Paris-Descartes, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

John Tesh, ancien directeur adjoint du *Civil Contingencies Secretariat* au *Cabinet office* du gouvernement du Royaume-Uni

Daniel Thornton, directeur de programme au *Institute for Government (*Royaume-Uni)

Bénédicte Tilloy, ancienne directrice générale des ressources humaines et secrétaire générale de SNCF Réseau

Thierry Tuot, conseiller d'État, président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Benoît Vallet, ancien directeur général de la santé

Jacques Vernier, président du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, ancien parlementaire

François Villeroy-de-Galhau, gouverneur de la Banque de France et président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

Jacques Witkowski, directeur général de la sécurité civile et de la gestion des crises

François Zocchetto, maire de Laval, membre du comité directeur de l'Association des maires de France

Annexe 4 – Bibliographie

Rapports

- *Le Principe de précaution,* rapport au Premier Ministre, Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, 1999
- *La décision publique face aux risques*, rapport du séminaire « Risques », Commissariat général au plan, ministère de l'écologie et du développement durable, direction de la prévision, 2001
- *Improving government's capability to handle risk and uncertainty,* UK Government - Strategic Unit, 2002
- *Responsabilité et socialisation du risque*, étude annuelle du Conseil d'État, 2005
- *La décision publique face à l'incertitude*, Comité de la prévention et de la précaution (ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer), mars 2010
- *Le calcul du risque dans les investissements publics*, rapport de la mission présidée par Christian Gollier, Centre d'analyse stratégique, 2011
- *Les risques majeurs et l'action publique,* Conseil d'analyse économique, 2012
- *Le principe d'innovation*, rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) des députés Jean-Yves Le Déaut et Bruno Sido de compte-rendu d'auditions et de présentations de conclusions, 2014
- *Boosting Resilience through Innovative Risk Governance*, OECD, 2014
- *National Risk Assessments*, *A cross country perspective*, OECD, 2018

Ouvrages généraux

- Ulrich Beck, *La Société du risque*, 2008 (1re édition 1986, trad. 2001), Flammarion,
- Olivier Borraz, *Les Politiques du risque*, Presses de Sciences Po, 2008
- Dominique Bourg, Pierre-Benoît Joly and Alain Kaufman (dir.), *Du risque à la menace: Penser la catastrophe*, PUF, 2013
- Bernard Chevassus-au-Louis, *L'analyse des risques. L'expert, le décideur et le citoyen*, Editions Quae, 2007
- Jean-Baptiste Fressoz, *L'Apocalypse joyeuse*, Le Seuil, 2012
- Claude Gilbert, Emmanuel Henry, Jean-Noël Jouzel, Pascal Marichalar (dir.), *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Presses de Sciences Po, 2015
- Frédéric Gros, *Le Principe sécurité*, Gallimard, 2012
- David Le Breton, *Sociologie du risque,* PUF, Que-sais-je ?, 2017 (1e ed. 1995)
- Thomas Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, 2013
- Bernard Stiegler, *Dans la disruption. Comment ne pas devenir fou ?*, LLL Editions, 2016

Les études du Conseil d'État

Directrice de la publication :

Martine DE BOISDEFFRE, présidente de la section du rapport et des études.

Comité de rédaction :

Jean-Ludovic SILICANI, conseiller d'État,

Frédéric PUIGSERVER, maître des requêtes,

Thomas ODINOT, auditeur.

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY, secrétaire de la section du rapport et des études,

Leiyla MATE, chargée de mission juridique à la section du rapport et des études.