

ELEMENTS DE REFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION DANS LE DOMAINE DE LA SANTE PUBLIQUE

Par Elise Carpentier, Professeur agrégé de droit public, Université d'Aix-Marseille

Avant de présenter les éléments scientifiques portant à considérer que la décision ministérielle attaquée, refusant d'enjoindre aux fabricants de vaccins obligatoires de supprimer de ceux-ci les adjuvants aluminiques, est contraire au principe de précaution, il est sans doute nécessaire de réfuter, par prolepse, l'objection selon laquelle cette décision ne serait juridiquement soumise à aucune exigence de précaution, ce qui rendrait le moyen inopérant.

La question se pose en effet régulièrement de savoir si le (ou un) principe de précaution s'impose aux décisions des pouvoirs publics ayant une dimension purement sanitaire et étant totalement étrangères à la sphère environnementale, comme c'est le cas de la décision contestée.

Elle se pose spécialement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui y a apporté des réponses divergentes des dernières années, s'agissant en tous cas du principe constitutionnel de précaution (I). Nous verrons que le verrou « environnemental » a vite été abandonné dans le droit de l'Union européenne (II) ce qui devrait inciter le Conseil d'Etat à admettre l'opérance du moyen tiré de la méconnaissance du principe de précaution par la décision attaquée. Enfin, nous observerons qu'en toute hypothèse, cette décision est soumise à l'exigence de précaution qui s'impose en matière de santé publique en vertu des principes généraux du droit consacrés par le juge administratif (III).

I – LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE PRECAUTION : UN PRINCIPE A LA PORTEE MATERIELLE AUJOURD'HUI INCERTAINE MAIS QUI DEVRAIT ETRE ETENDU AUX RISQUES POUR LA SANTE PUBLIQUE

L'article 5 de la Charte constitutionnelle de l'environnement dispose que :

« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Dans une affaire jugée en 2010, le Conseil d'Etat a clairement accepté d'appliquer le principe constitutionnel de précaution à une problématique ayant une dimension exclusivement sanitaire (CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les hauts de Choiseul »*, n° 328687, publiée au *recueil Lebon, Constitutions 2010*, pp. 611-617, note E. Carpentier). En effet, ce qui était attaqué en l'espèce était une décision de non-opposition aux travaux d'installation d'un pylône de relais de téléphonie, contestée (non en raison d'éventuels

risques pour l'environnement mais) en raison des risques pour la santé publique que sont suspectées comporter les installations de ce type. L'opérance d'un tel moyen n'était pas évidente car le Conseil d'Etat avait par le passé estimé, s'agissant des décrets réglementant l'usage des pistolets à impulsion électrique appelés « Taser », que « la décision attaquée (n'affectait) pas l'environnement au sens de l'article 5 de la Charte de l'environnement » et que « par suite, l'association requérante ne (pouvait) utilement se prévaloir de la méconnaissance de ces dispositions constitutionnelles » (CE, 2 septembre 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n° 318584, publié au recueil *Lebon*). Dans l'affaire *Association du quartier « Les hauts de Choiseul »* jugée l'année suivante, le moyen tiré de la méconnaissance du principe de précaution est rejeté au fond ; il n'est pas jugé inopérant. Cette position a été confirmée deux ans plus tard (CE 30 janvier 2012, *Société Orange France c. Commune de Noisy-le-Grand*, n° 344992, publiée au recueil *Lebon* avec concl. de D. Botteghi ; *Constitutions* 2012. 651, obs. N. Hutten).

Cependant, la jurisprudence postérieure a paru exiger un « vecteur environnemental » pour admettre l'invocation du principe constitutionnel de précaution s'agissant de questions essentiellement sanitaires. Ainsi, après avoir posé, dans une décision *Commune de Lunel*, que le principe de précaution s'applique aux « activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées » (CE 8 octobre 2012, *Commune de Lunel*, n° 342423, *rec. T.*), le Conseil d'Etat a précisé, dans un arrêt rendu l'année suivante, que le principe de précaution s'applique, outre aux risques de dommage grave et irréversible pour l'environnement, en cas de risque « d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé » (CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409, à paraître au recueil *Lebon*, cons. 37). Cette position a été reprise dans une décision du 8 février 2017 (M. B..., n° 397151), où l'on peut lire que « les requérants ne peuvent utilement invoquer une méconnaissance de l'article 5 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence, dès lors que la décision attaquée n'affecte pas l'environnement au sens des dispositions de cet article ».

Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas univoque sur le point de savoir si le principe constitutionnel de précaution couvre le champ sanitaire, indépendamment du champ environnemental.

Il semble pourtant difficile – et très artificiel – de refuser d'appliquer le principe de constitutionnel de précaution aux questions ayant une dimension purement sanitaire, pour de nombreuses raisons.

A – Les textes

1) La Charte constitutionnelle de l'environnement elle-même, lie très étroitement l'environnement et la santé.

Certes les articles de la Charte consacrent des principes, droits et des devoirs relatifs à l'environnement. Mais outre que l'article 1^{er} établit très clairement un lien entre l'environnement et la santé, en proclamant que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », les considérants qui ouvrent cette Charte (non normatifs mais ayant au moins une fonction herméneutique – à l'instar d'un exposé des

motifs) témoignent de ce que la préservation de l'environnement par le droit a pour finalité essentielle de permettre la survie des êtres humains. « L'humanité », « les humains », « l'homme », les « générations futures » et les « autres peuples » y sont omniprésents.

« Le peuple français,

Considérant :

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

PROCLAME : (...) ».

Cette coïncidence ne doit rien au hasard. Elle témoigne simplement de ce que la protection de l'environnement de l'homme n'est pas une fin en soi. La finalité est de protéger les humains eux-mêmes.

Partant de ce constat, il serait pour le moins étrange de n'accepter de soumettre au principe de précaution inscrit à l'article 5 de la Charte que les risques sanitaires qui « transitent » par l'environnement de l'homme, aussi faible l'atteinte à l'environnement soit-elle, et de refuser d'y soumettre les périls purement sanitaires, aussi graves soient-ils.

De deux choses l'une : soit le principe de précaution ne concerne que les risques environnementaux (touchant les animaux, les plantes, les milieux naturels, etc.), auquel cas les risques sanitaires doivent en être totalement exclus ; soit il concerne également les risques sanitaires, auquel cas il n'est pas nécessaire d'exiger un « vecteur environnemental », qui s'avèrera en réalité dans la plupart des cas largement artificiel. Que l'on songe par exemple à l'affaire *Association coordination interrégionale stop THT* (CE, Ass., 12 avril 2013, n° 342409, précitée), dans laquelle ce qui était en cause étaient les effets potentiellement néfastes des lignes à très haute tension. Or, si les requérants avaient judicieusement fait valoir que des risques pourraient exister pour les bovins qui paissent à proximité, le Conseil d'Etat ne s'est aucunement arrêté à cette question. La seule qu'il se soit réellement posée – et à juste titre – est celle relative au risque accru de développement, chez les enfants exposés aux ondes électromagnétiques émises par les lignes à très haute tension, de cancers de la moelle osseuse. Et il a d'ailleurs considéré que « l'existence d'un tel risque doit être regardée comme une hypothèse suffisamment plausible en l'état des connaissances scientifiques pour justifier l'application du principe de précaution ». *On voit bien que la référence à la nécessité d'un vecteur environnemental est purement rhétorique et totalement artificielle : le moyen a en fin*

de compte été jugé opérant en dehors de tout péril environnemental. Ajoutons que si la théorie du « vecteur environnemental » n'était pas artificielle, les risques sanitaires éligibles à la protection du principe de précaution devraient découler du risque environnemental ; ils devraient être relayés par lui. Il devrait s'agir de risques « en chaîne » (comme quand une eau est polluée et risque de contaminer l'humain qui s'y baigne ou la consomme ; ou lorsqu'un animal est atteint d'une affection qu'il risque de transmettre à l'homme). Or, rien de tel dans l'affaire *Association coordination interrégionale stop THT* : les risques pour les enfants exposés sont totalement indépendants de ceux qui pourraient peser sur les animaux.

Dans ses conclusions sur cet arrêt Alexandre Lallet avait souligné : « Il nous paraît à cet égard difficilement imaginable que, dans un cas comme celui qui vous est soumis, le Constituant ait entendu mieux protéger les élevages que les riverains susceptibles d'être exposés aux ondes électromagnétiques » (concl. sur CE, Ass., 12 avril 2013, n° 342409, précitée). Cela nous paraît mériter être généralisé bien au-delà du cas d'espèce...

2) La consécration d'un principe constitutionnel de précaution applicable aux risques purement sanitaires pourrait également s'appuyer sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, composant notre bloc de constitutionnalité.

Aux termes de celui-ci en effet « (La Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé... ».

Et ce n'est pas parce que la législation en matière de vaccinations obligatoires viserait à mettre en œuvre ce droit, qu'il ne pourrait être invoqué à l'appui d'une action visant à obtenir la suppression de ces vaccins d'adjuvants non indispensables à leur efficacité (puisque susceptible d'être remplacés par d'autres, moins nocifs) et potentiellement dangereux.

Ce n'est pas davantage parce qu'il s'agit d'un droit-créance qu'il ne pourrait fonder la reconnaissance d'une norme qui lui est inhérente. Au demeurant, si le principe constitutionnel de précaution se rattachait à cette disposition plutôt qu'à l'article 5 de la Charte constitutionnelle de l'environnement, il ne pourrait vraisemblablement être invoqué que dans les contentieux objectifs, du type de celui qui nous occupe à présent.

B – La doctrine

Selon le professeur Bertrand Mathieu, « s'agissant du champ d'application du principe de précaution, l'article 5 vise exclusivement un dommage affectant l'environnement. Cependant la rédaction du texte présuppose la reconnaissance d'un principe général de précaution dont la portée n'est constitutionnellement définie que dans le domaine environnemental. Dans cette situation, l'effort serait faible qui consisterait, pour le Conseil constitutionnel, à tirer du texte constitutionnel la reconnaissance d'un principe général de précaution susceptible de s'appliquer dans d'autres domaines. L'extension de ce principe au domaine de la santé humaine pourrait, au surplus, s'appuyer sur l'article 1 de la Charte qui lie la protection de l'environnement et celle de la santé » (« La constitutionnalisation risquée du principe de précaution », *Mélanges Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 896)

Les auteurs du *Code constitutionnel* observent justement que : « ce n'est pas parce que la Charte prévoit que le principe de précaution s'applique seulement dans le domaine de l'environnement, qu'elle interdit qu'il s'applique ailleurs... » (LexisNexis, 2013, p. 460).

Le professeur Michel Prieur a pu écrire, dans un article sur « Le principe de précaution » que : « pour lever l'opposition de certains milieux médicaux, le gouvernement a prétendu devant le Parlement que le principe de précaution ne s'appliquerait qu'en matière d'environnement et pas en matière de santé publique. Cette position sera difficilement tenable à la fois parce qu'elle est contraire à la jurisprudence communautaire et surtout parce qu'il est rare que les dommages à l'environnement ne soient pas en même temps des dommages à la santé humaine » (article accessible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>, p. 8).

Nicolas Hutten, Maître de conférences à l'Université de Nantes, estime que « puisque l'article 1^{er} protège le droit de vivre dans un environnement « respectueux de la santé », il est tout à fait logique de considérer que le principe de précaution s'applique aussi en matière sanitaire, comme l'avaient d'ailleurs fait remarquer certains parlementaires au cours des travaux préparatoires de la Charte (v. par ex., JO AN, 27 mai 2004, p. 4152 et JO Sénat, 25 juin 2004, p. 4633) » (obs. préc. sous l'arrêt *Commune de Lunel*, *Constitutions* 2012, p. 651).

Selon G. Brückner, alors Directeur général de l'Institut national de veille sanitaire, « Ce principe de précaution a vocation à s'appliquer au domaine de la santé ; son champ d'application est aujourd'hui prévu exclusivement pour un dommage affectant l'environnement ; mais son extension pourrait s'appuyer sur l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement qui lie environnement et santé (V. Le respect de principe de précaution, in A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, 2007) » (« Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé » *Dalloz* 2007, p. 1546).

C – Les raisons d'opportunité :

Les juridictions internes ont intérêt à privilégier une interprétation du principe de précaution le plus en harmonie possible avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, pour ne pas compliquer l'intégration européenne et éviter d'accroître les difficultés inhérentes aux rapports de système qu'implique la construction européenne.

Comme l'observent d'ailleurs les auteurs du *Code constitutionnel* (évoquant la portée du principe constitutionnel de précaution) « le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat s'inspirent de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation des principes communs. L'hypothèse de la Charte comme écran constitutionnel face au droit de l'Union ne résiste donc pas à l'analyse » (LexisNexis, 2013, p. 460).

Il est au demeurant remarquable que le Conseil d'Etat ait, tout récemment, estimé que le principe constitutionnel de précaution trouve un équivalent dans l'ordre juridique communautaire, et par conséquent renvoyé la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle suivant la « mécanique » initiée par l'arrêt *Arcelor* en matière de contrôle de constitutionnalité des décrets de transposition des directives communautaires (cf. CE, 3

octobre 2016, *Confédération paysanne* et autres, n° 388649, publiée au *Recueil Lebon* ; *AJDA* 2017, p. 288, note F. Tarlet et G. Léonard).

Soulignons, pour finir sur ce premier point, que l'extension du principe constitutionnel de précaution au champ sanitaire n'aurait pas de conséquences aussi importantes que certains pourraient redouter, pour les raisons suivantes.

D'abord, parce que l'on pourrait imaginer que, si l'on distingue trois domaines principaux dans le champ de la santé (médecine de soins, santé publique et recherche médicale), l'extension du principe constitutionnel de précaution ne concerne que la santé publique et dans une certaine mesure la recherche médicale. La pratique clinique demeurerait quant à elle régie par les dispositifs professionnels existants que sont le Code de déontologie et le serment hippocratique. Ainsi que le souligne C.-O. Doron, maître de conférences à l'Université Paris Diderot, le principe de précaution étant « avant tout un principe de santé publique (...). C'est, avons-nous dit, dans ce domaine que, par excellence, le principe trouve son application » (« Le principe de précaution : de l'environnement à la santé », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem* 2009/1 (N° 3), p. 3-40 ; en ce sens également, cf. l'article de C. Noiville publié dans la même revue « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem* 2009/1 (N° 3), p. 73-89).

Ensuite, la physionomie constitutionnelle du principe en fait davantage un principe d'action qu'un principe paralysant.

De plus, sur le terrain de la légalité, il est clair que l'opérance d'un moyen n'implique pas son bien fondé, particulièrement quand il s'agit du principe de précaution. En effet, le juge n'exerce jamais sur son respect qu'un contrôle minimum, ou restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits.

Par ailleurs, le principe de précaution devra toujours être concilié avec les autres exigences constitutionnelles, ce qui pourra conduire à en relativiser la portée.

Ajoutons que, sur le terrain de la responsabilité, la diffusion du principe dans l'ordre juridique ne devrait pas avoir trop de conséquences dans la mesure où, par hypothèse, dans le champ d'application du principe de précaution, le lien de causalité est souvent délicat à établir pour la victime du dommage.

Enfin, les liens très étroits qui existent entre la santé humaine et l'environnement ne devraient pas justifier une extension au champ sanitaire de l'ensemble des principes contenus dans la Charte. Il nous semble en effet qu'un traitement spécial du principe de précaution de ce point de vue puisse tout à fait se fonder sur le lien de filiation qu'il entretient avec le domaine de la santé publique, où il est né et d'où il s'est exporté pour pénétrer le champ de l'environnement. Ainsi que l'a souligné G. Brückner, le principe de précaution « n'est, au fond, dans le champ de la santé publique environnementale, que la version moderne du vieux principe hippocratique *primum non nocere*... » (« Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé », *D.* 2007, n° 22, p. 1546).

II – LE PRINCIPE DE PRECAUTION CONSACRE EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE A ETE ETENDU AUX PROBLEMATIQUES PUREMENT SANITAIRES

Le droit communautaire donne une place importante au principe de précaution depuis que ce principe s'est trouvé expressément inscrit dans les textes fondateurs par le traité de Maastricht (art. 174-2 CE devenu article 191-2 TFUE).

En vertu de l'article 191 TFUE :

« 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants:

— la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,

— la protection de la santé des personnes,

— l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,

— la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique.

2. 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.

3. Dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, l'Union tient compte:

— des données scientifiques et techniques disponibles,

— des conditions de l'environnement dans les diverses régions de l'Union,

— des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action,

— du développement économique et social de l'Union dans son ensemble et du développement équilibré de ses régions.

4. Dans le cadre de leurs compétences respectives, l'Union et les États membres coopèrent avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes. Les modalités de la coopération de l'Union peuvent faire l'objet d'accords entre celle-ci et les tierces parties concernées.

L'alinéa précédent ne préjuge pas la compétence des États membres pour négocier dans les instances internationales et conclure des accords internationaux ».

Alors que le traité n'énonce le principe de précaution qu'en ce qui concerne la politique de la communauté dans le domaine de l'environnement, la Cour de justice des communautés européennes n'a pas tardé à l'étendre au domaine sanitaire, où il trouve depuis lors d'importantes applications.

Les arrêts de référence sur ce point sont les suivants :

- CJCE 12 juillet 1996 Royaume Uni c/ Commission aff. C-180/96, Rec. p. I-3903, point 99 (affaire de l'exportation de la viande bovine susceptible d'être atteinte de la maladie de la vache folle) ;
- CJCE 5 mai 1998, royaume Uni/ Commission, aff. C-180/96, rec. I -2265, points 99-100 (affaire de la vache folle également) ;
- TPICE, 11 septembre 2002, Pfizer, aff. T-13/99, point 444 (Malgré l'incertitude sur l'existence d'un lien entre l'utilisation de certains antibiotiques comme additifs et le développement de la résistance chez l'homme à ces produits, l'interdiction de ces produits dans l'alimentation des animaux destinés à la consommation humaine n'est pas une mesure disproportionnée par rapport à la protection de la santé publique) ;
- CJCE, 11 septembre 2002, Alpharma, T-70/99, point 355 (idem : risque Transfert de résistance aux antibiotiques de l'animal à l'homme)
- CJCE, 24 juillet 2003, affaire C-39/03 Commission européenne c/ Artedogan GmbH et autres (affaire du retrait des autorisations de mise sur le marché des médicaments à usage humain contenant certains anorexigènes) ;
- CJCE, 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, aff. C-192/01, rec. I 9693 (Interdiction, par mesure de précaution sanitaire, de commercialisation de denrées alimentaires auxquelles des vitamines et des minéraux ont été ajoutés)
- CJCE, 17 février 2009, *Commune de Sausheim c. Azelvandre*, affaire C-552/07, à propos de la dissémination d'OGM ;
- etc

Si certaines affaires pouvaient se prévaloir d'un vecteur environnemental (d'ailleurs non exigé par la Cour), il en va différemment d'autres (*Artedogan et Commission c/ Danemark* notamment)

Dans l'affaire *Artedogan*, d'ailleurs, le TPICE a estimé (point 184) que « le principe de précaution peut être défini comme un *principe général du droit communautaire* imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » (aff. T-74/00 jugée le 26 novembre 2002 ; jugement confirmé par la Cour en 2003). Cette qualification visait précisément à conforter l'extension du principe de précaution au-delà du champ environnemental.

Il est vrai que le respect du droit communautaire ne s'impose en principe aux Etats membres que « dès lors qu'ils agissent dans le champ du droit communautaire » (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, p. 369) et que la définition du régime des vaccinations obligatoires n'est pas une compétence de l'Union.

Cependant, une interprétation des principes nationaux conforme à l'interprétation communautaire de ces mêmes principes est doublement souhaitable.

Sur le plan politique d'abord, et en toute hypothèse, si les juges ne souhaitent pas entraver la construction européenne et risquer d'inopportunes divergences de jurisprudence.

Sur le plan juridique ensuite, à deux égards.

D'une part, dans la mesure où la protection de la santé publique est en partie une compétence partagée avec l'Union européenne. L'article 168 TFUE prévoit en effet que :

« 1. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en oeuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

L'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale. Cette action comprend également la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé, ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci.

L'Union complète l'action menée par les États membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé, y compris par l'information et la prévention.

2. L'Union encourage la coopération entre les États membres dans les domaines visés au présent article et, si nécessaire, elle appuie leur action. Elle encourage en particulier la coopération entre les États membres visant à améliorer la complémentarité de leurs services de santé dans les régions frontalières.

Les États membres coordonnent entre eux, en liaison avec la Commission, leurs politiques et programmes dans les domaines visés au paragraphe 1. La Commission peut prendre, en contact étroit avec les États membres, toute initiative utile pour promouvoir cette coordination, notamment des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé.

3. L'Union et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière de santé publique.

4. Par dérogation à l'article 2, paragraphe 5, et à l'article 6, point a), et conformément à l'article 4, paragraphe 2, point k), le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribuent à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant, afin de faire face aux enjeux communs de sécurité:

- a) des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang; ces mesures ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes;
- b) des mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique;
- c) des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical.

5. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, peuvent également adopter des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, et notamment à lutter contre les grands fléaux transfrontières, des mesures concernant la surveillance des menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci, ainsi que des mesures ayant directement pour objectif la protection de la santé publique en ce qui concerne le tabac et l'abus d'alcool, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

6. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut également adopter des recommandations aux fins énoncées dans le présent article.

7. L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées. Les mesures visées au paragraphe 4, point a), ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales ».

D'autre part dans la mesure où, si l'extension du principe de précaution aux risques purement sanitaires ne se réalisait que dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, il pourrait en résulter une discrimination à rebours, ou « par ricochet », au détriment des sujets de droit de bénéficiant pas de cette extension en dehors de ce champ (selon une logique analogue à celle qui anime la décision du Conseil constitutionnel, n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Sté Metro Holding France SA*). Ainsi que l'a observé Edouard Crepey dans son commentaire de cette décision « l'emprise du droit international, et singulièrement du droit européen, s'étend bien au-delà désormais de leur champ d'application propre » (« Réflexions sur la jurisprudence Metro Holding », *Droit Administratif* n° 7, Juillet 2016, alerte 80). Selon le professeur Blanluet également, il résulte de cette décision que « soit le droit interne s'aligne sur le droit de l'Union européenne par un effet d'interprétation, soit il est disqualifié pour cause de discrimination » (*Droit fiscal* 12/2016, étude 233).

III – L'ACTION ADMINISTRATIVE EST SOUMISE AUX EXIGENCES DE PRECAUTION RESULTANT DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Au-delà du principe de précaution inscrit dans le code de l'environnement et normalement confiné, en vertu du principe de l'indépendance des législations, aux décisions relevant de ce code, le Conseil d'Etat a appliqué à l'action administrative en matière de santé publique un principe de précaution qui a toutes les caractéristiques d'un principe général du droit, en tant que tel opposable aux décisions de portée réglementaire du type de celle attaquée.

Cette consécration est en quelque sorte amorcée avec l'affaire du sang contaminé (CE Ass 9 avril 1993, *M. G.*, n° 138653, *D.* 1993, *rec. p.* 321, *concl. H. Legal*), dans laquelle le Conseil d'Etat estime qu'il appartenait à l'autorité administrative, informée à la date du 22 novembre 1984, de façon non équivoque, de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation des produits chauffés qui étaient alors disponibles sur le marché international, d'interdire, sans attendre d'avoir la certitude que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés, la délivrance des produits dangereux, comme elle pouvait le faire par arrêté ministériel pris sur le fondement de l'article L.669 du code de la santé publique. Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement, M. Legal, avait souligné que : « Ce qui importe (est) ce que l'on pouvait raisonnablement tenir au fil du temps comme suffisamment établi dans la connaissance générale du phénomène et de ses solutions pour rendre nécessaire la prise de mesures sanitaires. Face à un risque connu comme mortel pour un certain nombre de patients au moins, il serait évidemment irréaliste d'affirmer que seule une certitude scientifique fait obligation d'agir » [*ibid.* p. 318]. Or, selon Z. Oloumi, « en engageant la responsabilité de l'Etat pour faute simple à raison de la contamination par des produits stables, (le Conseil d'Etat) suivait son commissaire du Gouvernement qui avait fait prévaloir le principe de précaution » (« Vers un nouveau principe général du droit : Le respect du « principe de précaution » ? », 22 décembre 2002, <http://www.rajf.org/spip.php?article1405>).

Cf. ensuite CE 21 avril 1997, *Mme Françoise Barbier*, n° 180274 (rendu sur une demande d'annulation de l'arrêté interministériel du 28 mars 1996 portant suspension de mise sur le marché et d'utilisation du produit "Artecoll Arteplast") : le Conseil d'Etat juge « qu'en estimant, à la date d'intervention de l'arrêté attaqué et compte tenu des précautions qui s'imposent en matière de protection de la santé publique, que la fabrication, l'importation, la mise sur le marché et l'utilisation du produit Artecoll-Arteplast contenant du collagène bovin et utilisé sur le corps humain, devaient être suspendues pour une durée d'un an, les signataires de l'arrêté du 28 mars 1996 n'ont pas entaché leur décision d'une appréciation manifestement erronée au regard des dispositions combinées des articles L. 221-5 et L. 221-8 du code de la consommation ; »

(...)

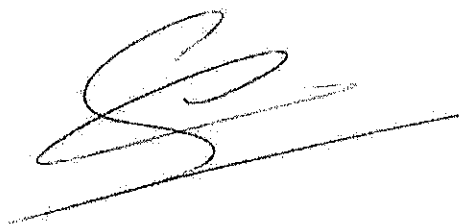
Il ajoute « que même si la fabrication du produit Artecoll-Arteplast n'a pas été suspendue dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne, cette circonstance est sans influence sur la légalité de la décision attaquée ; ».

Cf. également CE, 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, n° 192465, publiée aux tables du recueil *Lebon* : jugeant que « Eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, le Premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant, au vu de données scientifiques faisant état d'une possible transmission de l'agent de l'encéphalopathie spongiforme bovine au mouton et d'éléments montrant que si la "transmission placentaire" de l'agent de l'E.S.B. ne semble pas être constatée à ce jour, il n'est cependant pas possible de conclure avec certitude sur ce point, d'interdire l'emploi de certains tissus ou liquides corporels d'origine ovine ou caprine, ou d'origine embryonnaire provenant des mêmes animaux, dans les aliments destinés aux enfants en bas âge et dans les "compléments alimentaires", qui peuvent contenir des quantités élevées de produits en cause ».

Cette affaire est spécialement intéressante, dans la mesure où le Conseil d'Etat y applique le principe de précaution au profit d'enfants en bas âge, lesquels sont également au cœur de l'action qui nous occupe, les premiers vaccins contenant de l'aluminium devant être administrés aux nourrissons dès leur cinquième semaine de vie. Or, il s'agit de personnes particulièrement vulnérables et à l'égard desquels la collectivité a sans doute un devoir de protection accru, notamment au moyen des mesures de précaution que l'évolution des connaissances scientifiques impose.

A ce devoir de protection correspond d'ailleurs une responsabilité. Comme le souligne Didier Tabuteau, conseiller d'Etat, responsable de la chaire Santé de l'Institut d'études politiques de Paris « le droit de précaution impose aux pouvoirs publics d'intervenir en cas de risque sanitaire, à défaut de quoi ils peuvent être condamnés pour « carence fautive » » (cité par J.-S. Cayla, « Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire », *RDSS* 1998, p. 491).

Fait à Aix-en-Provence, le 30 octobre 2017

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'S' followed by a horizontal line.