



**HAL**  
open science

## ”Le juge administratif face aux connaissances scientifiques”

Anne Jacquemet-Gauché

► **To cite this version:**

Anne Jacquemet-Gauché. ”Le juge administratif face aux connaissances scientifiques”. *Actualité juridique Droit administratif*, 2022, n° 8, pp. 443-453. hal-03605458

**HAL Id: hal-03605458**

**<https://uca.hal.science/hal-03605458>**

Submitted on 11 Mar 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Le juge administratif face aux connaissances scientifiques**

*Résumé : Le juge administratif n'hésite plus à faire référence aux « connaissances scientifiques » dans ses décisions. Il en fait un usage différent selon qu'elles sont avérées ou incertaines, utilisées directement pour ses propres décisions ou pour apprécier les conséquences qu'en a tirées la personne publique, dans diverses situations. Dans tous les cas, cette rhétorique participe d'un processus de légitimation du juge, de ses décisions et plus largement de la puissance publique.*

« En l'état actuel des connaissances scientifiques ». A la faveur de la crise de la covid-19, l'expression a gagné en visibilité ces derniers mois. La référence aux connaissances scientifiques, voire à leur état (actuel), n'est pourtant pas nouvelle. Elle apparaît dans la jurisprudence administrative essentiellement à l'orée des années 2000, non que le juge administratif n'en tînt pas compte dans la période antérieure, mais simplement qu'il n'en faisait pas systématiquement et explicitement mention, se contentant de viser, par exemple, les risques « connus ». Les raisons pour lesquelles cette formule connaît une récente fortune suscitent l'interrogation de même que, plus largement, la place que le juge administratif accorde à la connaissance scientifique dans le cadre de son activité juridictionnelle.

Confronter les rapports entre droit et science n'est pas nouveau, bien qu'il s'agisse principalement du pré carré de la doctrine privatiste, notamment en droit de la responsabilité, sous l'angle du rapport à la preuve (v., par ex., E. Verges et L. Khoury, Le traitement judiciaire de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile, Les cahiers du droit, 2017, n° 3, vol. 58) ou dans l'appréhension de la causalité (Ph. Brun, Causalité juridique et causalité scientifique, in Distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, RLDC 2007, suppl. au n° 40, p. 15 ; C. Radé, Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique, D. 2012. 112). Un certain nombre de thématiques ont, à cet égard, déjà été abordées, mais relèvent d'une autre approche. D'une part, ne sera pas évoqué le droit en tant qu'objet de science et plus largement le statut de la science juridique. D'autre part, la mission d'expertise du juge administratif est établie de longue date, de même que la pratique du recours à l'expertise. Le juge fait appel à des experts pour éclairer sa décision, ces derniers étant spécialement missionnés du fait de leurs compétences particulières, sans qu'il faille y voir « une démission du juge » (v. P. Gonod et P. Frydman, Le juge administratif et l'expertise, AJDA 2014. 1361). Si le rôle de l'expert - « stabiliser les éléments de fait » et « justifier la solution du litige » (R. Encinas de Munagorri, Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice, AJDA 2014. 1377) - n'est pas fondamentalement éloigné de celui qui pourrait être dévolu aux connaissances scientifiques, les perspectives sont en réalité très différentes entre les deux situations. L'expert est appelé par le juge ou les parties pour se prononcer sur les faits de l'espèce, là où les connaissances scientifiques sont produites

indépendamment de la volonté du juge et des éléments factuels sur lesquels porte le litige. Elles font office de source extérieure, mobilisée à des fins qui, pour cette raison, ne sont pas nécessairement les mêmes et qu'il faut mettre au jour.

A mi-chemin entre l'expertise et la connaissance scientifique se situe la donnée (scientifique). Il est fréquent que le juge administratif tienne compte de données, portées à sa connaissance par les parties à l'appui de leur argumentation et qui sont souvent générées par des outils de mesure mis en place par la personne publique ou par des personnes privées. Elles peuvent résulter d'une expertise expressément mandatée pour le litige ou de chiffres mis à disposition du public et qui seront extraits et utilisés au soutien d'un recours (v., par ex., s'agissant des « données scientifiques disponibles » dans le cadre de la gestion de la covid-19, CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, Commune de Sceaux, Lebon T. ; AJDA 2020. 1013, note B. Faure ; CE 15 janv. 2021, n° 441265, Confédération générale du travail, Lebon T. ; AJDA 2021. 122 ; AJDA 2021. 819, note J.-C. Jobart). Si les connaissances scientifiques peuvent contenir des données diverses, notamment d'ordre statistique, elles vont plus loin en ce qu'elles sont exploitées et non livrées de manière brute. La référence à la « connaissance » suppose aussi que l'information soit validée scientifiquement et diffusée, ce qui est important dans les contentieux qui retiendront notre attention. En effet, le juge administratif ne se prononce pas uniquement sur les connaissances, mais aussi (et surtout) sur la connaissance de l'information dont dispose la personne publique afin de prendre ses décisions.

L'accent peut dès lors être mis sur l'analyse des raisons pour lesquelles le juge administratif estime nécessaire de faire référence à l'état des connaissances scientifiques sur tel ou tel sujet. Les champs dans lesquels il est excipé de cette rhétorique sont très souvent les mêmes : le contentieux environnemental et celui des atteintes à la santé (changement climatique, utilisation de pesticides, installation des antennes-relais), la responsabilité hospitalière, les vaccinations obligatoires, les grandes affaires sanitaires comme celles du sang contaminé, du Mediator ou de la Depakine (v., plus généralement, H. Belrhali, Les grandes affaires de responsabilité de la puissance publique, LGDJ, 2021). S'ils répondent chacun à des caractéristiques propres, ils présentent quelques points communs : ils résultent des progrès de la science et les dommages qu'ils sont susceptibles de provoquer font encore l'objet de recherches scientifiques, les préjudices collatéraux ou effets secondaires qu'ils causent ou sont susceptibles de causer n'ayant été connus qu'a posteriori ou demeurant éventuels. Dit de manière plus triviale, en la matière, la personne publique joue parfois aux apprentis sorciers, par son action ou son inaction, par la prise en charge directe de certaines activités ou le contrôle qu'elle opère sur celles-ci. Or, au fur et à mesure des avancées de la science, les citoyens entendent ne plus seulement se fier à la fatalité, au coup du sort, mais bien établir des responsabilités (entendues au sens large) et déterminer qui doit en supporter le poids. Ainsi, il n'est pas impossible que la récurrence de la mention des connaissances scientifiques découle de leur mobilisation plus importante qu'auparavant par les requérants.

Plus globalement cependant, le rapport du juge administratif à la connaissance scientifique semble avoir évolué avec le temps, qu'il s'agisse d'une mise en évidence d'un phénomène sous-jacent ou d'un réel changement de paradigme, lié au progrès scientifique et à la diffusion des résultats de la recherche. Loin d'ignorer les avancées de la recherche, il en tient compte dans sa jurisprudence et l'invoque à différents titres. L'un des points communs

saillants qui apparaît tient à la triple légitimation que provoque la référence à la connaissance scientifique : légitimations de la décision, du juge administratif et de la personne publique.

L'appel à la science relève tout d'abord d'une légitimation rationnelle. L'invocation de chiffres, la référence aux revues « reconnues » (notamment *Nature*, *The Lancet*) et aux organismes de recherche les plus connus (le Centre national de la recherche scientifique [CNRS] en premier lieu), y compris par le grand public, donnent un poids non négligeable au fondement de la décision de justice et une apparence d'objectivité. Les connaissances scientifiques évoquées portent quasi exclusivement sur des sciences dites « dures » ou exactes et en particulier médicales, ce qui suscite deux réflexions. Les sciences humaines et sociales pourraient-elles être mobilisées à titre équivalent ? Dans le cadre des contrôles d'identité discriminatoires, le juge judiciaire a pu évoquer une étude réalisée par le CNRS (Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-24.210, AJ pénal 2017. 89, en mentionnant en premier lieu - corroborée par d'autres analyses, d'autres institutions - une « étude menée par des chercheurs du CNRS réalisée à l'initiative de l'ONG Open Society Justice Initiative publiée en 2009 » sur laquelle le requérant s'est appuyé pour démontrer la pratique discriminatoire), mais elle était chiffrée, si bien que la donnée brute semble être l'élément le plus important. Des études scientifiques non chiffrées pourraient-elles de la même sorte être mobilisées ? L'intérêt du juge porté aux connaissances scientifiques pourrait-il aller au-delà de la référence à des données fiables, car établies par des recherches jugées crédibles, et se prolonger jusqu'au débat d'idées d'auteurs reconnus dans leur domaine ? L'argument « d'autorité » et les analyses qualitatives pourraient-ils être accueillis en sus des analyses quantitatives ? Tout dépend de la raison profonde pour laquelle le juge a recours aux connaissances scientifiques. S'il ne s'agit que d'extraire des données objectives et chiffrées, l'espoir est faible. En revanche, si les résultats sont retenus en raison de leur caractère extérieur, de la crédibilité de la méthodologie mise en oeuvre et de leur validation par la communauté scientifique, rien ne s'y oppose.

La question se prolonge évidemment sur le terrain de la science juridique. Elle fait écho à des débats récurrents sur la relation entre les doctrines universitaire et organique. On le sait, contrairement à la pratique d'autres systèmes juridiques, le juge français ne fait pas explicitement référence aux analyses doctrinales dans ses décisions - ce qui ne signifie pas qu'il n'en prend pas connaissance. Faut-il y voir une simple indifférence vis-à-vis d'autres sources de légitimation ou une marque de défiance ? Si l'on peut expliquer que le juge administratif estime disposer d'une compétence suffisante et au moins équivalente à celle de la doctrine juridique universitaire, la question reste entière pour d'autres travaux scientifiques, notamment historiques ou sociologiques, et dont le profane ne sait pas nécessairement, à la lecture de la décision juridictionnelle, s'ils ont pu exercer une influence sur le sens de la décision. Pour le requérant et son conseil, il y aurait pourtant là une piste à exploiter : pourraient-ils (utilement) fournir de tels documents à l'appui de recours ? Allant plus loin, on peut se demander quel est le poids réel de l'apport d'une étude scientifique : qu'elle étaye une argumentation, en sus d'autres éléments de preuve est une chose, mais pourrait-elle à elle seule convaincre la juridiction ?

Le juge français ne pousse pas l'analyse jusqu'à évaluer lui-même la qualité de l'auteur ou du support de publication dans sa décision, de même d'ailleurs que les rapporteurs publics

n'explicitent pas les choix méthodologiques qui ont guidé leur démarche de recherche et de référence aux revues scientifiques (parce que ce n'est pas là leur culture ou leur mission ?). Tout au plus peut-on relever une mention à ce propos, dans l'affaire de la Depakine, l'un des jugements précisant que les études auxquelles il est fait référence sont « chacune imparfaite dans leur méthodologie » (TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 1704392, AJDA 2020. 2102, note S. Brimo), ainsi que dans une affaire dans laquelle est porté un jugement sur la méthodologie de l'Agence française de sécurité des produits alimentaires chargée notamment de la délivrance d'autorisation de commercialisation du Roundup - mais fait-elle figure d'autorité scientifique ou administrative ? (CE 7 mars 2012, n° 332804, Mouvement pour les droits et le respect des générations futures, Maret, Lebon T. ; v. aussi, M. Lucas, L'usage par les juges français des connaissances scientifiques sur la dangerosité des pesticides, VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 27, déc. 2016).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a pourtant initié une démarche en ce sens (v., not., CJUE 6 mai 2021, aff. C-499/18 P, Bayer CropScience AG). D'autres systèmes juridiques ont aussi posé des critères explicites (v., à cet égard, l'arrêt Daubert de la Cour suprême des Etats-Unis du 28 juin 1993, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 1993, et son analyse, in S. Jasanoff, *Le droit et la science en action*, Dalloz, 2013, trad. O. Leclerc ; égal. O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, LGDJ, 2005, p. 386). Le juge administratif n'est certes probablement pas le mieux outillé pour évaluer la pertinence de travaux scientifiques, justement produits par les seuls spécialistes du sujet, mais cette confiance (par défaut ou par adhésion) dans la production scientifique n'est pas anodine. La référence à des sources externes à la personne publique, c'est-à-dire menées par des organismes indépendants du gouvernement (et non par des instances administratives) donne aussi des gages supplémentaires d'objectivité et de fiabilité des résultats avancés et, partant, de justesse de la décision, ce qui appelle deux observations. Une telle démarche s'inscrit dans un mouvement général tendant à l'externalisation de l'évaluation des risques, des ministères vers des agences de sécurité sanitaire, initié à la suite de l'affaire du sang contaminé... Ces agences étant désormais à leur tour pointées du doigt pour leur opacité (v. récemment, S. Foucart, En 2016, l'ANSES a enterré un rapport sur le glyphosate, *Le Monde*, 16 nov. 2021 ; pour une analyse plus générale du fonctionnement des agences, v. S. Brimo, *Les agences sanitaires : traduction[s] institutionnelle[s] d'un principe fonctionnel ?*, RDSS 2013. 779). Par ailleurs, accorder à la connaissance scientifique de grandes vertus d'objectivité suscite quelques interrogations, du côté scientifique, à l'heure où le financement sur projet s'accroît et où le risque de la perte de liberté de la recherche et de neutralité des résultats est mis en exergue.

La légitimité ainsi acquise par la décision renforce celle dont bénéficie le juge administratif. Il serait nécessairement reproché au juge d'outrepasser sa mission s'il venait à remettre en cause les connaissances découlant des recherches scientifiques. Les rapporteurs publics rappellent occasionnellement dans leurs conclusions que la mission du juge n'est pas du même ordre que celle du scientifique et que le premier ne doit pas s'aventurer sur le terrain du second. On pourrait objecter que, dans certaines affaires, comme on le verra, le juge administratif dépasse ou contourne l'état de la science, ce qui pourrait être perçu comme une forme d'immixtion. Outre le fait que la mission du chercheur (produire de la connaissance) n'est pas la même que celle du juge (trancher des litiges), la superposition des

légitimités et leur caractère potentiellement contradictoire ne le sont en réalité pas, car elles sont au service d'une dernière et suprême finalité.

Le juge utilise les connaissances scientifiques en dernier lieu aux fins de légitimation de la puissance publique. Cette affirmation peut sembler banale s'agissant du juge administratif, mais il est surprenant de procéder à un tel constat au cours d'une étude portant sur l'invocation des connaissances scientifiques. L'analyse des décisions de justice, étayée par la lecture d'un certain nombre de conclusions de rapporteurs publics (souvent plus instructives car plus détaillées que la décision), laisse en effet transparaître l'idée selon laquelle le juge administratif accepte de se fonder sur les connaissances scientifiques parce qu'il a confiance dans les vertus de la science. Cette dernière contribue à faire progresser le droit et en particulier à mieux déterminer les origines d'un dommage, le lien de causalité entre l'action de l'administration et les préjudices avérés ou les futurs dommages, à placer chaque acteur devant ses responsabilités, surtout lorsque le juge fait face à des pathologies actuelles ou futures diffuses dans le temps et multifactorielles. Grâce à l'invocation des connaissances scientifiques, il détermine la ligne de conduite que la puissance publique doit ou aurait dû tenir, ce qui maintient la confiance de la population dans la science, dans le progrès et dans l'action des pouvoirs publics (ainsi pleinement légitimés). Cette perspective est manifeste et incontestée lorsque le juge se fonde sur l'exactitude scientifique pour justifier ses décisions. Elle l'est plus encore, sans que ce soit paradoxal, lorsqu'il doit faire face à l'incertitude scientifique. Si, en apparence, les conséquences qu'il tire de cette incertitude sont variables, cette variation est justement ce qui lui permet de conforter les trois légitimités précédemment évoquées, puisqu'il dispose dès lors d'une plus grande latitude dans la détermination de la politique jurisprudentielle qu'il entend mener.

## **I - L'exactitude scientifique, un fondement de la décision juridictionnelle**

Les connaissances scientifiques sont mobilisées par le juge administratif pour prendre sa décision et asseoir la position qu'il défend. Outre les vertus dont elles sont parées - objectivité, fiabilité -, ce sont parfois les seules données ou informations tangibles à disposition du juge pour qu'il puisse trancher un litige. En ce sens, cette invocation peut être perçue comme le dernier ou le seul argument à même d'emporter la conviction, ce qui explique aussi qu'elle soit restreinte à des contentieux précis. Le juge administratif se sert des connaissances scientifiques à différents niveaux et la démarche poursuivie n'est alors pas la même. Dans la première, il les utilise, directement, pour trancher le litige. Dans le second cas de figure, il évalue quel était le niveau de connaissance que l'administration aurait dû avoir afin d'agir en conséquence. Le juge doit alors caractériser un standard juridique, principalement celui de la faute de la personne publique qui n'a pas tenu compte des connaissances scientifiques dont elle disposait.

### ***A. L'invocation des connaissances scientifiques par le juge***

Le juge administratif se saisit parfois directement des connaissances scientifiques disponibles pour fonder sa décision et en fait explicitement mention. L'une des difficultés auxquelles il doit faire face tient au caractère évolutif de celles-ci, qui s'oppose au terme posé par la décision juridictionnelle. Cette dernière n'exprime ainsi une vérité qu'à un instant donné et l'évolution des connaissances scientifiques peut justifier une évolution

jurisprudentielle. En outre, le juge se place au moment où la personne publique a dû décider pour déterminer quel était l'état des connaissances, sans se livrer à une analyse rétrospective, ce qui serait trop facile.

### *1. Une référence assumée*

La référence à « l'état des connaissances scientifiques » se retrouve dans divers contentieux, étant précisé que l'étude touche ici à l'une de ses limites méthodologiques, puisque, par définition, les affaires dans lesquelles une telle mention n'est pas explicite restent ignorées - c'est néanmoins là aussi tout l'intérêt puisque l'on cherche à comprendre les raisons d'une telle apparition. A titre d'illustration, au vu de l'état des connaissances scientifiques de l'époque, le caractère imprévisible de la force majeure ne peut être retenu dans l'affaire de la tempête Xynthia (CE 31 mai 2021, n° 434733, Association syndicale autorisée de la Vallée du Lay [ASVL], Lebon T. ; AJDA 2021. 2473, note J. Travard). L'évaluation du préjudice corporel se fait aussi en fonction de telles connaissances, qu'il s'agisse de le reconnaître ou de le refuser, car hypothétique, par exemple, concernant les « conséquences physiologiques de la surcontamination des personnes déjà séropositives » (TA Paris, 20 déc. 1991, n° 9003981/4, RFDA 1992. 552, concl. E. Stahlberger, cité in Ch. Maugué et L. Touvet, Responsabilité de la puissance publique en matière hospitalière, AJDA 1993. 344). L'information du patient et la survenance des risques exceptionnels, mais connus, nécessitent également une référence aux connaissances scientifiques. Ainsi, pour apprécier le « risque faible » dans l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, le juge renvoie au classement de la Haute Autorité de santé, laquelle se fonde à son tour sur des « procédures d'information et d'analyses mises en oeuvre par les praticiens : notamment la revue de mortalité et de morbidité [RMM] et l'Association of litigation and risk management [ALARM] » et sur « le contexte scientifique » (J.-M. Argoud, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique : la notion de risque faible, AJDA 2019. 1770, concl. sur CAA Marseille, 16 mai 2019, n° 18MA01277 et n° 17MA02016), sans que le critère probabiliste, qui inclut l'état des connaissances scientifiques soit le seul examiné.

### *2. La prise en compte de l'évolution des connaissances*

Contrairement à ce que les requérants pourraient de prime abord supposer, le juge ne fait pas preuve d'inconstance dans sa jurisprudence, mais apprécie la situation au vu des nouvelles connaissances. Il doit quelquefois faire face à l'absence d'études, puis à l'incertitude et enfin à l'exactitude de la connaissance scientifique, bien que cette dernière soit par définition encore et toujours évolutive. Cette appréhension du dernier état de l'art lui permet de meilleure compréhension et imputation des responsabilités (au sens générique du terme), pour dépasser une logique de fatalité.

Dans le contentieux de la légalité, l'évolution des connaissances scientifiques a pu être invoquée pour fonder une demande d'abrogation du fait d'un changement de circonstances. Ainsi, un syndicat considérait que l'article R. 4222-10 du code du travail, lequel fixe des seuils pour l'exposition aux poussières alvéolaires, était devenu illégal « en l'état des informations et données scientifiques disponibles » car insuffisant pour garantir la protection de la santé des travailleurs (CE 31 mars 2017, n° 393190, FGTE-CFDT, Lebon T. ; AJDA 2017. 713 ; Dr. soc. 2017. 673, concl. F. Dieu). En l'espèce, le refus d'abrogation n'est pas jugé illégal,

l'administration ayant engagé la révision de l'article en question sans qu'il lui soit fait obligation de fixer immédiatement de nouveaux seuils du fait de la technicité de la matière, mais le juge accepte implicitement de considérer que l'évolution des connaissances scientifiques constitue un motif potentiel d'abrogation.

Le contentieux de la responsabilité démontre par ailleurs très pertinemment à quel point la position du juge peut évoluer dans le temps s'agissant de l'établissement du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et le développement d'une myofascite à macrophages. Vaccinée à l'automne 1991, la requérante voit sa requête rejetée pour défaut de causalité directe entre la vaccination et les troubles « compte tenu notamment de l'état actuel des connaissances scientifiques selon lesquelles la probabilité d'un lien entre la vaccination et les troubles constatés était très faible » (CE 21 mars 2008, n° 288345, Mme Royer et autres). La même réponse est opposée, pour la même raison, à une autre requérante ayant subi trois injections entre juillet 1995 et août 1996 dans le cadre d'une vaccination obligatoire (CE 14 mai 2008, n° 277494). Par la suite, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence, du fait d'études scientifiques postérieures. Implicitement, par cette nouvelle position, il semble considérer que les connaissances scientifiques sur le sujet ne sont plus avérées, mais devenues incertaines, et en tire des conclusions d'un autre ordre en développant une position plus favorable aux victimes (v. infra).

Enfin, la crise sanitaire actuelle a démontré avec une acuité particulière la façon dont le juge tenait compte des parutions scientifiques les plus récentes, presque en temps réel, surtout lorsqu'il a été saisi dans le cadre de procédures d'urgence. Dans un premier temps, sans aucune référence à une quelconque étude scientifique (probablement inexistante à l'époque), il a considéré qu'en laissant « entendre qu'une protection couvrant la bouche et le nez peut constituer une protection efficace [...] l'arrêté est de nature à induire en erreur les personnes concernées et à introduire de la confusion dans les messages délivrés à la population par ces autorités » (CE, ord., 17 avr. 2020, Commune de Sceaux, préc.). Mais, ensuite, il se fonde sur « des avis et des recommandations tant de l'Organisation mondiale de la santé que du Haut Conseil de la santé publique et du conseil scientifique Covid-19, appuyés sur les études épidémiologiques récentes et la revue de la littérature scientifique existante » pour justifier que le port du masque est efficace pour réduire le risque de contamination par le virus (CE, ord., 18 mars 2021, n° 450207) et refuser de suspendre le port du masque obligatoire à partir de l'âge de six ans à La Réunion, la Martinique et la Guadeloupe. Fait suffisamment rare pour être noté, une étude américaine publiée dans la revue Nature a, par ailleurs, pu servir de justification à la validation de la fermeture des restaurants en raison de la crise sanitaire (CE, ord., 8 déc. 2020, n° 446715, Union des métiers et des industries de l'hôtellerie, AJDA 2020. 2402).

De même, s'agissant de la propagation de la covid-19 au sein des établissements pénitentiaires, le juge des référés énonce en février 2021 qu'« il n'existe pas, en l'état actuel des connaissances scientifiques, de certitude sur l'efficacité possible du vaccin contre la covid-19 quant à la réduction des risques de transmission de la maladie, l'avis rendu par la Haute Autorité de santé du 30 novembre 2020 soulignant cette incertitude » (CE, ord., 5 févr. 2021, n° 449081, Association Robin des lois, AJDA 2021. 305). En revanche, un mois plus tard, il fait référence à une note du 12 décembre 2020 du « comité de scientifiques » (plus connu sous l'appellation de conseil scientifique) pour souligner que « la transmission

des virus respiratoires tels que le Sars-CoV-2, par gouttelettes et aérosols, est favorisée par le brassage de population, la densité de population, le temps de contact avec des personnes potentiellement contaminées et la ventilation des locaux » et valide les mesures prises par le gouvernement pour freiner l'épidémie « dans l'attente du moment où la vaccination de la population commencerait à produire des effets mesurables » (CE 12 mars 2021, n° 449743, Union des Français de l'étranger, AJDA 2021. 1930, note S. Slama). S'il n'est pas exclu que la différence d'appréciation tiende en partie au fait que la première décision est biaisée par le domaine en cause (l'univers carcéral, qui a été délaissé par le juge administratif pendant la crise sanitaire), une interprétation bienveillante conduit à mettre en exergue l'attention que le juge porte au dernier état de la science pour justifier ses décisions.

### ***B. L'appréciation par le juge des connaissances scientifiques de l'administration***

La faute de l'administration n'est pas conditionnée au fait que le risque soit avéré scientifiquement et établi de manière incontestable. Selon une application du principe de précaution, la connaissance d'un risque est suffisante, sans qu'il faille attendre qu'il ne se réalise ni pour, la personne publique, « d'avoir des certitudes pour agir » (Ch. Maugué et L. Touvet, Responsabilité de la puissance publique en matière hospitalière, préc.). Encore faut-il établir la date précise à partir de laquelle est caractérisée la faute par abstention.

#### *1. La faute découle de l'ignorance des connaissances scientifiques*

Le juge administratif reproche à l'administration soit de ne pas avoir procédé à des études scientifiques directement, soit d'avoir ignoré ou insuffisamment tenu compte de celles qui existaient. Un « devoir d'information active » (J. Lessi, concl. sur CE 9 nov. 2016, n° 393108, Lebon avec les concl.) pèse sur la personne publique. L'état des connaissances n'étant « pas une donnée exogène, il appartient à l'administration de se tenir informée, de vérifier les informations émanant des laboratoires, et de se donner les moyens de générer elle-même l'expertise visant à enrichir l'état des savoirs » (ibid.). Les conclusions du rapporteur public incitent, au surplus, implicitement, à en déduire que l'Etat s'étant lui-même donné les moyens d'évaluer les connaissances scientifiques par la création de diverses agences et en s'imposant des devoirs particuliers en la matière s'est finalement astreint de lui-même à une haute exigence.

Dans le contentieux de l'amiante par exemple, la faute ne résulte pas seulement de l'absence de prise en considération des connaissances scientifiques, mais aussi de n'avoir pas commandé de telles études (v. E. Prada-Bordenave, Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante, concl. sur CE, ass., 3 mars 2004, nos 241150, 241151, 241152 et 241153, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Bourdignon, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Botella, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Thomas et Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Xueref, RFDA 2004. 612). La commissaire du gouvernement souligne, à cet égard, qu'« en France, de 1975 à 1995, il n'y a pas eu davantage d'étude scientifique demandée aux instituts de recherche publique et notamment à l'INSERM et au Centre national de la recherche scientifique, voire l'Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité sur les propriétés de cette fibre et ses effets sur la santé, que par le passé ». Ainsi, dans l'arrêt Bourdignon, obligation est faite aux autorités publiques « d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à

l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers », ce qui n'a pas été le cas en l'occurrence. Quant à l'arrêt Xueref, il souligne aussi pour établir la faute que « l'Etat n'avait diligenté aucune étude avant 1995 afin de s'assurer que les mesures prises étaient adaptées au risque, connu et grave, que comportait une telle exposition ».

## *2. La date précise de la faute découle de la connaissance avérée des études scientifiques*

Dans un second temps, il est crucial de déterminer à partir de quelle date précise l'administration est considérée comme informée effectivement ou aurait dû l'être, sachant qu'en tout état de cause, son comportement consistant à ne pas avoir tiré les bons enseignements de cette connaissance est fautif. La référence aux connaissances et études scientifiques devient alors l'outil principal permettant de fixer cette date.

Le juge se fonde à la fois sur l'existence de la connaissance scientifique et sur les éléments dont dispose l'administration. Sur le second point, cependant, il y a peu de débats : l'argument selon lequel l'administration n'était pas en mesure d'accéder à la connaissance ne prospère généralement pas, ce qui se comprend aisément tant il existe des circuits de remontée d'informations dans les différents ministères et agences. Dans la plupart des affaires en question, en effet, il n'est jamais question de maires de communes de petite taille, par exemple, qui pourraient ne pas être informés. Il s'agit à chaque fois de mettre en cause de grandes politiques publiques, menées au niveau central pour lesquelles la documentation scientifique existe.

Ainsi, dans l'affaire du sang contaminé, la faute est établie à partir de 1985, lorsque les informations scientifiques sont avérées, plus précisément à partir du 12 mars 1985, c'est-à-dire à la « date de la note au directeur général du Dr Brunet, épidémiologiste au ministère de la santé », car « l'administration devait être tenue pour informée de ce que les lots français de concentrés de facteurs de coagulation étaient contaminés compte tenu des statistiques disponibles sur le nombre de donneurs porteurs du virus et de la quantité de prélèvements servant à l'élaboration des fractions » - l'expression « tenue pour informée » étant ici révélatrice de la logique à l'oeuvre. Dans ses conclusions sur l'affaire, le commissaire du gouvernement Legal (Sida et contrôle de la distribution des produits sanguins : de la faute lourde à la faute simple, concl. sur CE, ass., 9 avr. 1993, nos 138652, 138653 et 138663, 1) M. G. - 2) M. D. - 3) M. et Mme B., RFDA 1993. 583) développe une argumentation mobilisant diverses études scientifiques. Il évoque des études lancées en 1993 sur l'inactivation par chauffage, fait référence au « congrès de Munich de la transfusion qui semble avoir eu un rôle décisif dans la réflexion sur l'inactivation virale » ; il ajoute que, à leur retour « les professeurs Gaudemet et Huart du centre de transfusion sanguine de Lille ont présenté au centre national de transfusion sanguine des offres de coopération sur ce point ». Ensuite, il mentionne la parution dans « The Lancet [la principale revue scientifique internationale de haut niveau sur la transfusion] des résultats concluants de tests sur le chauffage » le 29 septembre 1984, puis une autre le 22 décembre 1984. Il insiste enfin sur l'existence d'enquêtes entre janvier et mars 1985 et poursuit son analyse méticuleuse de l'état de l'art à l'époque des faits pour en conclure qu'en novembre 1984, « le risque était suffisamment manifeste pour interdire l'inaction ».

La latitude que laisse le juge à la personne publique est également patente. Alors que le risque est, selon les termes des arrêts, « tenu pour établi par la communauté scientifique dès novembre 1983 et que l'efficacité du procédé du chauffage pour inactiver le virus était reconnue au sein de cette communauté dès octobre 1984 », la faute de l'administration n'est admise qu'ultérieurement, à partir de la connaissance des études par la personne publique - ce qui montre qu'un laps de temps est laissé à cette dernière, dont on n'attend pas qu'elle soit omnisciente, et que la connaissance scientifique compte moins que la diffusion de cette connaissance aux yeux du juge. Ainsi, l'arrêt insiste sur le fait qu'à partir du 22 novembre 1984, la personne publique était informée « de façon non équivoque », les connaissances scientifiques étant avérées et l'information ayant circulé. Partant, l'inaction persistante est fautive.

Ce même schéma est par la suite reproduit et le ton du juge devient cinglant pour la personne publique dans le contentieux relatif à l'amiante. Dans ses conclusions sur les arrêts de 2004, Emmanuelle Prada-Bordenave consacre de longs développements à la recension des diverses études consacrées à la dangerosité de l'amiante tout au long du XXe siècle, en France et à l'étranger, et de conclure que « contrairement à ce que soutient le ministre, il ne s'agit pas d'articles ponctuels plus ou moins assurés ou confidentiels, il s'agit dans tous les cas de communications scientifiques qui font suite à des études importantes et qui sont publiées dans des revues spécialisées » (E. Prada-Bordenave, préc., p. 612 ; v. égal., les études citées, toujours à propos de l'amiante, CE, ass., 9 nov. 2015, n° 342468, Société Constructions mécaniques de Normandie, Lebon ; AJDA 2016. 213, note A. Jacquemet-Gauché ; Just. & cass. 2016. 158, concl. R. Decout-Paolini ; RFDA 2016. 145, concl. R. Decout-Paolini ; RDSS 2016. 171, note C. Willmann).

Quant à l'affaire de la Depakine, elle fournit un exemple caractéristique de la prise en compte des connaissances scientifiques et du basculement vers la faute que permet l'information de l'administration de l'existence d'études en la matière (v., aussi, S. Brimo, La carence de l'Etat dans l'affaire de la Depakine, AJDA 2020. 2102). En l'espèce, une expertise avait été ordonnée par le tribunal administratif de Montreuil pour analyser « les connaissances scientifiques sur l'effet de l'exposition in utero au valproate de sodium ». Aucune étude n'ayant mis en évidence ce lien au cours de la grossesse du premier enfant de la requérante, la faute ne peut être retenue. En revanche, lors d'une grossesse ultérieure, en 1984, les connaissances scientifiques ayant progressé, l'Etat est considéré comme ayant « manqué à ses obligations de contrôle en ne prenant pas les mesures adaptées pour faire connaître l'existence de ce risque aux praticiens et aux patients » (TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 170394, pt 7). Fait marquant, le jugement relève que diverses études ont été effectuées entre 1981 et 1984, mais souligne qu'une seule avait été publiée en 1984 et elle ne portait pas sur le trouble précis dont souffre l'enfant (des troubles neuro-développementaux), si bien que la faute n'est pas retenue pour ce cas précis, mais seulement en « raison des carences de l'Etat dans la gestion des risques de malformations dus à l'exposition in utero » à la Depakine. Par la suite, pour une grossesse postérieure à 2004, le juge fait référence à « neuf publications scientifiques entre 1984 et 2004 » et à une « accumulation de données » pour en déduire que le résumé des caractéristiques du produit (RCP), « qui ne mentionnait pas ces risques et la notice qui ne faisait état d'aucun risque, n'étaient pas conformes aux données de la science à l'époque de la grossesse » (TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 1704392, préc.), ce qui permet de rechercher la responsabilité de l'Etat. Enfin, à la suite de la

modification du RCP en 2006, ce dernier est jugé conforme aux connaissances scientifiques et ne peut engager la responsabilité de l'Etat pour une grossesse menée en 2008 (TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 1704275, AJDA 2020. 2102, note S. Brimo). L'une des variables pour établir la faute de l'Etat est ainsi constituée par « les données acquises de la science » (R. Felsenheld, La responsabilité du fait de la police des médicaments - L'affaire de la Depakine, RFDA 2020. 1131). Le rapporteur public souligne la difficulté rencontrée dans de tels contentieux, puisque « les productions des différentes parties rivalisent de références scientifiques et de données sur la question cruciale de l'évolution des connaissances scientifiques dans le temps, pour en tirer des conclusions diamétralement opposées » et estime que la juridiction n'est « pas en mesure d'apprécier directement la pertinence scientifique de ces travaux, ni l'ampleur de leur diffusion » (ibid.). Il semble se fier à titre principal à un rapport d'enquête rendu par l'inspection générale des affaires sociales, tout en mentionnant dans ses conclusions de très nombreuses études scientifiques parues depuis les années 1980 jusqu'en 2004. Malgré les interrogations méthodologiques que peut susciter le recours à de telles études, ces dernières constituent une aide précieuse pour la juridiction, en lui permettant de fixer des bornes temporelles à la reconnaissance de la faute. Une autre logique est déployée lorsque le juge est aux prises avec l'incertitude scientifique.

## **II - L'incertitude scientifique, une variable de la décision juridictionnelle**

Le juge administratif ne peut pas se retrancher derrière l'incertitude scientifique pour refuser de trancher, car il commettrait un déni de justice. Un changement de perspective s'opère ici par rapport à l'hypothèse précédente : alors que la référence aux connaissances scientifiques acquises fournit un argument quasi imparable pour justifier une position, l'incertitude scientifique se mue ici potentiellement en fardeau. Le juge risque d'encourir deux reproches contradictoires : celui d'ignorer l'état des recherches scientifiques ou, à l'inverse, celui de se substituer aux scientifiques en s'aventurant sur un terrain glissant sans la légitimité requise.

Si ces deux écueils ne doivent pas être minorés, il semble que le juge administratif adopte une attitude mesurée et surtout qu'il profite de cette incertitude. Contrairement à l'impression première, sa position n'est pas ambiguë. Certes, il oscille entre prudence et audace face à l'incertitude et plus précisément face à l'invocation d'un tel argument - ce qui n'est pas exactement la même chose. Cette variation paraît néanmoins volontaire et assumée. L'argument scientifique est rarement accueilli lorsqu'il s'agit de contrer l'action administrative. En revanche, lorsque le danger s'est réalisé, le juge adopte une attitude beaucoup plus compréhensive et n'hésite plus à dépasser l'incertitude pour indemniser la victime. La tendance générale pourrait être ainsi résumée : l'incertitude scientifique ne doit empêcher ni l'action de l'administration ni l'indemnisation de la victime.

### ***A. La primauté de l'action administrative sur l'incertitude scientifique***

Les progrès médicaux et technologiques ont apporté leur lot d'innovations et les connaissances scientifiques demeurent, à bien des égards, incomplètes quant à certaines de leurs retombées. Une corrélation entre l'activité en cause et diverses de ses manifestations peut être délicate à établir, donnant lieu à des investigations non probantes ou aux résultats contradictoires, mais que les requérants invoquent parfois au soutien de leur demande pour

emporter la conviction du juge et qu'il soit fait obstacle à la poursuite de l'activité qu'ils estiment risquée (v., d'une manière générale, les travaux de Ch. Noiville et spéc., Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du « risque acceptable », PUF, 2003, 256 p.).

Le juge administratif se réfère alors à « l'état actuel des connaissances scientifiques », principalement pour justifier l'absence de consensus ou de véracité établie du propos et, partant, permettre à la personne publique de continuer à mener l'activité en cause, directement ou au travers des autorisations qu'elle délivre à des personnes privées. Pourtant - et les requérants ne s'y sont pas trompés en visant fréquemment la disposition - le principe de précaution, à valeur désormais constitutionnelle, pourrait justifier une plus grande prudence de la part du juge. Ce principe s'applique, en vertu de l'article 5 de la Charte de l'environnement, précisément dans les hypothèses dans lesquelles la réalisation d'un dommage est « incertaine en l'état des connaissances scientifiques ». Le principe d'action l'emporte cependant en règle générale, le juge administratif s'en tenant à un contrôle « de la réalité des procédures d'évaluation du risque mises en oeuvre et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution » (v., par ex., CE 14 nov. 2014, n° 363005). Plusieurs séries de contentieux, relevant de l'excès de pouvoir, illustrent cet état d'esprit.

L'installation de lignes électriques constitue l'un des premiers terrains de ce genre de litige (pour une illustration imagée concernant les troubles de voisinage à proximité d'une installation électrique, v. L. Cherel et J. Falzon, Ça grésille dans le troupeau, La revue dessinée 2021, #33, p. 8-45 ; pour une illustration contentieuse, CE 9 nov. 2005, n° 249382, Gallais, AJDA 2006. 214). En outre, le Conseil d'Etat a pu être saisi d'un projet de modification de lignes électriques à 225 000 volts. Il énonce que, sans qu'un lien de cause à effet ait été démontré, plusieurs études « malgré leurs limites » ont mis en évidence « une corrélation statistique significative entre le facteur de risque invoqué par les requérants [l'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence] et l'occurrence d'une telle pathologie [la leucémie chez l'enfant] supérieure à la moyenne » et souligne que les études produites par la société RTE « ne peuvent refléter l'état des connaissances à la date de l'acte attaqué » (CE 14 nov. 2014, n° 363005, préc.). On peut déjà souligner l'interprétation intéressante que fait le juge des études scientifiques dans cette affaire, en appréciant finalement lui-même leur caractère sérieux. Le fait, pour le juge, de s'en tenir à un contrôle de l'erreur manifeste ne lui permet néanmoins pas de tirer les conclusions qui s'imposeraient. Ainsi, le maître d'ouvrage satisfait aux exigences de l'article 5 de la Charte de l'environnement en vertu de trois considérations : il « a pris en compte, dans l'étude d'impact, l'état actuel des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel d'exposition à des champs électromagnétiques de très basse fréquence » ; « a informé le public de ce risque » ; « a retenu un tracé éloignant la ligne de la zone résidentielle [...] en évitant tout établissement accueillant des personnes particulièrement exposées à ce risque potentiel » et « a mis en place un dispositif de surveillance des ondes électromagnétiques émises par l'ouvrage en cause » (ibid.)... Tous éléments qui ne résolvent aucunement le problème initial.

Le juge s'en tient également à un contrôle minimum à propos de l'évaluation du coût de la gestion des déchets radioactifs en précisant que « si l'incertitude est nécessairement plus

importante pour les phases ultérieures, il ne ressort pas non plus des pièces du dossier, en l'état des données scientifiques disponibles, que l'évaluation [...] serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation » (CE 11 avr. 2018, n° 397627, Association Mirabel-LNE, Lebon T. ; AJDA 2018. 826). L'installation des antennes téléphoniques (CE 13 déc. 2006, n° 284237, M. et Mme Caitucoli, Lebon T.) et tout récemment de la 5G n'a pas plus été freinée par l'invocation du principe de précaution. Ainsi, « il n'apparaît pas, en dépit des incertitudes et des études scientifiques existant sur ce sujet, lesquelles ne font d'ailleurs l'objet d'aucun consensus au regard de l'état actuel des connaissances scientifiques disponibles, que le respect du principe de précaution exigerait des mesures de protection complémentaire contre un risque lié à l'utilisation de la technologie de la 5G » (CE 31 déc. 2020, n° 438240, Syndicat CFE CGC Orange, Lebon T. ; AJDA 2021. 1003).

Dans d'autres contentieux environnementaux, le juge relève l'absence d'études scientifiques suffisamment établies. Il en va ainsi des essais de culture d'OGM réalisés par Monsanto, alors que les agriculteurs à proximité des parcelles pointaient le risque de dissémination sur leurs propres cultures, sans apporter « d'éléments précis ayant le caractère d'étude à caractère scientifique ou technique de nature à établir la réalité des risques invoqués » (CE 9 févr. 2007, n° 295918, Ministre de l'agriculture et de la pêche c/ Confédération paysanne du Gers, Lebon T. ; AJDA 2007. 444), ce qui s'apparente à un combat de David contre Goliath.

Pourtant, dans deux décisions au moins, le juge accepte de faire prévaloir la prudence sur l'action. Le vocabulaire employé conduit à se demander si l'incertitude scientifique ne devient pas en l'occurrence tellement infime que le juge est en réalité convaincu du caractère avéré du risque. Il se fonde ainsi sur l'avis de la commission d'études de la toxicité qui fait état d'un risque « préoccupant » pour les abeilles pour valider la suspension du Gaucho (CE 22 juill. 2004, n° 269104, AGPM et a.). En outre, à propos des variétés rendues tolérantes aux herbicides (VRTH), il s'appuie sur plusieurs études versées au dossier, dont celles de l'ANSES, de l'INRA et du CNRS, pour souligner, en dépit d'incertitudes qui demeurent, les « risques de dissémination du matériel génétique, d'apparition de mauvaises herbes qui ont acquis un gène de résistance à l'herbicide, d'augmentation en conséquence des quantités et de variation des types d'herbicides utilisés, de pollution des eaux et de l'environnement en résultant et d'accumulation de molécules cancérigènes ou de perturbateurs endocriniens dans des plantes cultivées destinées à l'alimentation humaine ou animale dès lors que l'herbicide est appliqué postérieurement à la levée des plants cultivés » (CE 7 févr. 2020, n° 388649, Confédération paysanne, Lebon avec les concl. ; AJDA 2020. 1972, note N. Pauthe). Par conséquent, il annule le refus du ministre de prononcer un moratoire sur les VRTH.

Les difficultés qui se présentent au juge sont manifestes : l'existence de risques, non scientifiquement avérés, mais non exclus, ne doit pas aboutir à une paralysie de l'action publique. Ne pouvant s'en tenir à ce doute, il tranche dans un sens relativement bienveillant vis-à-vis de la personne publique. Dans certains contentieux, au vu des enjeux pour la vie humaine et l'environnement, il pourrait néanmoins dépasser le contrôle de la seule erreur manifeste d'appréciation et prendre davantage en compte la difficulté à rassembler des preuves pour les requérants dans une situation de vulnérabilité face à l'Etat et/ou à de grandes multinationales, ce qu'il fait déjà dans le contentieux de la responsabilité.

## ***B. L'incertitude scientifique dépassée dans le contentieux de la responsabilité***

L'un des enseignements intéressants de l'analyse résulte de l'écart de comportement du juge entre le contentieux de l'annulation et celui de la responsabilité, qu'il aménage pour satisfaire la victime malgré les incertitudes scientifiques. Deux hypothèses peuvent expliquer cette situation. D'une part, le processus de triple légitimation évoqué précédemment conduit à ce que les quelques (rares) personnes qui subissent des conséquences néfastes de l'action publique doivent être indemnisées, ce qui participe de la confiance des individus dans le progrès et dans les institutions. D'autre part, de manière très prosaïque, l'indemnisation ne coûte pas cher et, surtout, la plupart du temps ne conduit pas à une remise en cause profonde des politiques publiques menées ni du contrôle qu'exerce l'Etat sur certaines activités privées. Le juge administratif réussit ainsi à satisfaire la victime sans trop embarrasser la personne publique ni porter atteinte au principe de libre circulation des marchandises. Il se sert à cette fin de divers instruments, dont l'aménagement de présomptions, lesquelles autorisent sur le plan juridique, alors que la science ne le permet pas, à considérer quelque chose comme vrai ou du moins comme vraisemblable. De telles présomptions contribuent à assouplir les exigences requises pour établir la causalité et contribuent, avec d'autres éléments, à la reconnaissance de nouveaux préjudices.

### *1. L'aménagement de présomptions de causalité*

En l'absence de preuve scientifique et de fait établi, le juge se contente de divers indices pour dépasser l'incertitude et établir un élément. Ce « couple infernal » (Ph. Brun, préc.) des causalités juridique et scientifique a déjà fait l'objet de nombreuses études. Rappelons simplement que la loi du 4 mars 2002 instaure un régime spécifique d'indemnisation en cas de contamination par voie transfusionnelle pour l'hépatite C : l'imputabilité de la contamination à la transfusion est présumée. De même, la loi de 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français instaure, sous conditions, une présomption de causalité entre l'exposition aux rayons ionisants et une maladie radio-induite (v. T. Leleu, *Victimes des essais nucléaires : dernier épisode autour de la présomption de causalité ?*, AJDA 2021. 578). Cela ne signifie pas que le juge entend se substituer aux scientifiques, mais simplement que sa mission est différente. Comme le souligne David Katz, « la mission du juge est uniquement de mettre en oeuvre un système d'indemnisation voulu par le législateur, donc par la société, et non pas de démontrer une relation de cause à effet entre deux événements » (D. Katz, *Le contentieux de l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires*, AJDA 2015. 645). Enfin, une présomption d'imputabilité de malformations congénitales au valproate de sodium (Depakine) a été instituée par une loi du 28 décembre 2019, codifiée à l'article L. 1142-24-12 du code de la santé publique, mais elle ne s'impose qu'au collège d'experts dans le cadre de la procédure amiable d'indemnisation et non au juge, lorsqu'il doit se prononcer sur les manquements de l'Etat en vertu de ses pouvoirs de police sanitaire (v., not., TA Montreuil, 2 juill. 2020, n° 1704275, préc.). Cependant, suivant son rapporteur public (R. Felsenheld, *La responsabilité du fait de la police des médicaments - L'affaire de la Depakine*, RFDA 2020. 1131), le tribunal administratif a considéré que devaient « être présumés imputables à l'exposition in utero au valproate de sodium les anomalies morphologiques faciales, squelettiques et des extrémités, les malformations, les troubles cognitifs et/ou comportementaux, les atteintes organiques variables dès lors qu'ils ne sont imputables à aucune autre cause et que le traitement au

valproate de sodium s'est poursuivi au cours de la grossesse » (TA Montreuil, 2 juill. 2020, nos 1704275 et 1704392, préc.).

Le juge ne s'arrête cependant pas à la mise en oeuvre de la volonté du législateur, mais a pu aussi, de sa seule initiative, instaurer ce lien dans le cadre de la vaccination contre l'hépatite B (v., not., B. Defoort, Incertitude scientifique et causalité : la preuve par la présomption. Le traitement juridictionnel du doute et de l'exigence de précautions dans son application, RFDA 2008. 549), d'autant que le juge judiciaire et la CJUE (21 juin 2017, aff. C-621/15, AJDA 2017. 1709, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler ; D. 2017. 1807, note J.-S. Borghetti ; RTD civ. 2017. 877, obs. P. Jourdain) se sont aussi prononcés sur le sujet. Première étape : le juge acte du fait que le lien de causalité allégué entre l'inoculation du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition d'affections démyélinisantes (notamment la sclérose en plaques) n'est pas scientifiquement établi et le crée de manière prétorienne et quasi péremptoire dans des arrêts de mars 2007 (v., not., CE 9 mars 2007, n° 267635, Mme Schwartz, Lebon ; AJDA 2007. 861, concl. T. Olson ; D. 2007. 2204, obs. E. Pahlawan-Sentilhes, note L. Neyret ; RDSS 2007. 543, obs. D. Cristol ; CE 9 mars 2007, n° 278665, Commune de Grenoble, Lebon). Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Terry Olson estime qu'il faut « tenter de trouver un point d'équilibre dans un domaine où les thèses scientifiques s'affrontent » et où « la science ne permet pas, du moins ne permet pas en l'état des connaissances scientifiques actuelles, d'affirmer un lien de cette nature » (Lien de causalité reconnu entre une maladie et le vaccin contre l'hépatite B, AJDA 2007. 861). La CJUE a pu abonder dans le même sens en précisant que « nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie » (aff. C-621/15).

Deuxième étape : l'évolution des connaissances scientifiques peut conduire non pas à tenir des données pour enfin acquises, mais au contraire, à mettre en doute celles qui l'étaient. Toujours s'agissant de la causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et le développement de certaines affections, « le dernier état des connaissances scientifiques », pour reprendre la formule des arrêts en la matière, conduit ainsi « à révéler la probabilité d'un lien entre une affection et le service » (CE 21 nov. 2012, n° 344561, Ville de Paris, Landry, Lebon ; AJDA 2013. 185, note T. Leleu ; AJFP 2013. 112, et les obs. ; RDSS 2013. 160, obs. J. Peigné). La jurisprudence incline alors doublement en faveur de la victime. D'une part, elle ne se place pas au jour de la décision prise par l'administration, mais au jour du jugement, « alors même qu'à la date à laquelle l'autorité administrative a pris sa décision, l'état de ces connaissances excluait » la possibilité d'une causalité, comme le souligne le Conseil d'Etat. D'autre part, et cet élément est bien connu, le Conseil d'Etat accepte d'établir, dans certaines circonstances, une causalité juridique là où la causalité scientifique n'est pas certaine et ne permet toujours « pas de démontrer l'existence d'un lien entre la vaccination et la survenue d'un syndrome clinique » (ibid.). Le Conseil d'Etat dépasse l'incertitude scientifique en se contentant « d'une probabilité suffisante » pour établir (à certaines conditions) juridiquement un tel lien nécessaire à l'engagement de la responsabilité de la personne publique (CE 22 juill. 2015, n° 369478 et n° 369479 ; CE 13 févr. 2020, n° 419329). Enfin - troisième étape et dernier état (actuel mais provisoire ?) de la

science juridique -, le Conseil d'Etat a livré un mode d'emploi s'agissant des vaccinations obligatoires dans un arrêt du 29 septembre 2021 (n° 435323, Lebon ; AJDA 2021. 1949). Alors que la cour administrative d'appel s'était fondée sur de nombreux travaux (de l'Académie nationale de médecine, du Haut Conseil de la santé publique, de l'Académie nationale de pharmacie, de l'OMS) pour considérer qu'aucun lien scientifique n'avait été établi avec les symptômes décrits, la haute juridiction renverse complètement le mécanisme. Il ne s'agit plus de savoir si le lien est établi ou non, mais « de s'assurer au vu du dernier état des connaissances scientifiques [...], qu'il n'y avait aucune probabilité qu'un tel lien existe ». La présomption est ainsi complètement renversée, le Conseil d'Etat passant de la mention d'une « probabilité suffisante » que le lien existe à « aucune probabilité » qu'il n'existe pas. Dans cette dernière hypothèse, la demande indemnitaire doit être rejetée. Dans le cas contraire, le juge doit procéder à « l'examen des circonstances de l'espèce ». On voit ainsi à quel point la politique jurisprudentielle peut incliner en faveur de la victime.

Des évolutions semblables sont à l'oeuvre dans les contentieux liés à la pollution de l'air. Bien que le lien de causalité soit « ténu, voire distendu », selon le rapporteur public, entre l'adoption d'un plan de protection de l'atmosphère et les problèmes de santé (des pathologies respiratoires) de certains requérants, il n'est plus considéré comme « indirect puisque l'insuffisance du plan a des conséquences défavorables sur la qualité de l'air ». La prudence est toutefois de mise : au-delà des « données scientifiques générales », est préconisée la réalisation d'une expertise pour établir l'imputabilité (v. R. Felsenheld, Pollution de l'air : l'Etat fautif, mais pas condamné, AJDA 2019. 1885). Le fait que la juridiction ordonne une expertise est déjà un progrès (v. S. Brimo, *Changer d'air ?*, note sous CAA Paris, 11 mars 2021, n° 19PA02868, AJDA 2021. 1104).

## *2. La reconnaissance de nouveaux préjudices*

La consécration du préjudice moral des associations dans le cadre des contentieux climatiques peut être vue comme une manière de compenser l'incertitude scientifique, laquelle fait généralement obstacle à l'engagement de toute responsabilité tant la répartition des responsabilités des émetteurs de gaz à effet de serre (GES) est difficile à établir (v. C. Cournil, « L'Affaire du siècle » devant le juge administratif. Les ambitions d'un des premiers futurs recours « climat » français, AJDA 2019. 437). Lorsque, dans de rares cas, le contentieux peut aboutir en faveur des associations requérantes, la reconnaissance d'un préjudice moral et l'indemnisation concomitante qui s'ensuit constituent une forme de satisfaction ou de compensation. Agathe Van Lang proposait une analyse proche dans le cadre du contentieux relatif aux algues vertes, en soulignant « les audaces de la cour » (A. Van Lang, *Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes*, AJDA 2010. 900 ; v. aussi, les références à diverses études par le commissaire du gouvernement en première instance, D. Rémy, *La responsabilité de l'Etat en matière de « marées vertes »*, AJDA 2008. 470). En l'espèce, la cour administrative d'appel de Nantes (1er déc. 2009, n° 07NT03775, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer c/ Association Halte aux marées vertes*, AJDA 2010. 900, note A. Van Lang ; D. 2010. 2468, obs. F. G. Trébulle) avait dépassé la difficulté en termes de causalité liée au phénomène de pollution diffuse pour admettre tant la causalité entre la carence fautive de l'Etat et la prolifération des algues vertes que l'indemnisation du préjudice moral des associations. Les

différents instruments destinés à favoriser l'engagement de la responsabilité peuvent ainsi se cumuler.

Par ailleurs, bien que le rapprochement soit moins évident, l'admission du préjudice d'anxiété (M. Bartolucci, Le préjudice d'anxiété en droit public, RFDA 2018. 153) notamment pour l'exposition des travailleurs à l'amiante (CE 3 mars 2017, n° 401395, Ministre de la défense, Lebon ; AJDA 2017. 495) ou dans le cadre de la prise de Mediator, en raison de la crainte de développer une hypertension artérielle pulmonaire (v. S. Brimo, Le Mediator devant le Conseil d'Etat : remèdes et effets secondaires, AJDA 2017. 426), pourrait aussi être interprétée comme participant de cette politique de contournement de l'incertitude. Bien que celle-ci soit en l'occurrence non scientifique, mais principalement médicale et tienne plus à la constitution physique de la personne qui a été exposée, à d'autres facteurs (tabagisme...) et aux aléas inhérents au développement de telle ou telle pathologie, elle demeure liée aux doutes (scientifiques) qui entourent encore à l'heure actuelle les effets à long terme de l'amiante et du Mediator sur la santé des individus. En ce sens, l'émergence du préjudice d'anxiété est aussi destiné à permettre - au moins en théorie - une satisfaction de la victime.

Dans les contentieux climatiques en particulier, l'établissement du lien de causalité pose encore de nombreuses difficultés. Si les progrès scientifiques ont déjà grandement contribué à faciliter l'engagement de certains recours juridictionnels, en particulier grâce à la possibilité de disposer désormais d'outils de mesure du dioxyde de carbone, l'incertitude pourrait ne jamais être totalement dépassée, notamment dans les cas de pollution diffuse. Le rapport entre causalité scientifique et juridique semble in fine progressivement s'inverser : la causalité scientifique est désormais avérée entre le dérèglement climatique et les émissions de GES (v. aussi, Y. Aguila, Petite typologie des actions climatiques contre l'Etat, AJDA 2019. 1853) mais la difficulté réside dans l'établissement de la causalité juridique. Le « juge colibri » (H. Belrhali, AJDA 2021. 705) devra probablement aller encore plus loin, l'effort à fournir n'étant pas « insurmontable » (A. Van Lang, L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'Etat, RFDA 2019. 652 ; v. aussi, J. Bétaille, Le préjudice écologique à l'épreuve de l'Affaire du siècle. Un succès théorique mais des difficultés pratiques, AJDA 2021. 2228). L'invocation de l'état des connaissances scientifiques pourrait aider le juge administratif en ce sens, en contribuant à la légitimation de futures innovations jurisprudentielles.