

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES
D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

**LA PRISE EN CHARGE
PAR LE DROIT DES SYSTÈMES
À RISQUES**

Par

Marie-Anne FRISON-ROCHE
*Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social*

Extrait de :

**LE DROIT FACE À L'EXIGENCE
CONTEMPORAINE DE SÉCURITÉ**

Actes du Colloque de la Faculté de Droit
et de Science Politique d'Aix-Marseille
(11-12 mai 2000)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

- 2000 -

LA PRISE EN CHARGE PAR LE DROIT DES SYSTÈMES À RISQUES

Par

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

1 - L'objet des réflexions si diverses dont nous avons bénéficié est unique : il s'agissait toujours de la réaction du droit et des autres techniques lorsqu'ils ont affaire à un système à risque et ouvert. Or, cet objet est assez nouveau et déroutant pour le droit. En effet, le droit n'a pas d'habitude pour objet les systèmes, en tout cas pas le droit privé (1). Celui-ci prend davantage appui sur l'individu et les relations entre individus. Ainsi, la notion d'obligation se déploie dans l'engagement interpersonnel, c'est-à-dire le contrat, et non pas à travers la notion de mission que le système met à la charge de la personne. De la même façon, le dommage est une affaire entre deux personnes, le responsable et sa victime, mais la notion de risque de propagation de dommage, et de gestion de celle-ci, est étrangère à l'analyse (2).

2 - D'un autre côté, le droit, dans sa fonction d'organisation, est familier des systèmes à risque, mais ceux-ci furent, jusqu'à il y a peu, fermés. Dès lors, il y a une limitation de la propagation des risques aux frontières du système et il y a une acceptation des risques par ceux qui sont dans le système. Cela fut caractéristique du risque bancaire, géré par un mécanisme de club, gouverné par la connaissance partagée, la prudence et la déontologie.

3 - Mais si les choses s'organisent en système et que le système est ouvert, alors il apparaît des risques d'une ampleur et

(1) Le droit public est plus naturellement proche de la notion de système, car l'État se rapproche de cette dernière figure.

(2) Certes, la notion de dommage par ricochet, familière du droit de la responsabilité civile, évoque cette idée de propagation mais dans un cercle très restreint et ne correspond pas, par exemple, à la notion de propagation du dommage à l'ensemble du système ou à la notion de "risque diffus", qui sont caractéristiques des systèmes.

d'une nature nouvelles. Il s'agit des épidémies qui se propagent sans limite, des virus qui courent tous les ordinateurs, des fragilités de places financières asiatiques qui désarçonnent Wall Street, des nuages pollués qui circulent, etc. La notion de système à risque ouvert a été rendue cruciale avec la mondialisation (3). Les systèmes ne sont plus clôturés autour de ceux qui les connaissent : l'individu ordinaire y accède, sans connaissance, ni acceptation de risques qui deviennent menaçants pour lui et pour le système. Dès lors, le problème majeur de sécurité apparaît : on demande au droit de le prendre en charge ; il en est un peu embarrassé.

4 - Pourtant, il existe un grand ancêtre du système ouvert à risque, c'est le système financier. La réponse à cette situation, ce fut la régulation. On peut définir la régulation comme ce qui intervient lorsqu'un système ne peut produire par ses seules forces son équilibre optimal. S'il est laissé à lui-même, il ne peut se survivre. On lui superpose, non contre sa nature mais pour le maintien de celle-ci – par une sorte de seconde nature – une "machinerie" régulatoire qui va établir et maintenir l'équilibre, notamment l'équilibre des risques. Là aussi, le modèle historique, c'est la régulation du marché financier. La loi sur les nouvelles régulations économiques a l'ambition d'en accroître l'efficacité.

5 - Le but, c'est la confiance de tous et de chacun dans le système (4). C'est à cela que tient l'efficacité du système et la sécurité de la personne dans le système. C'est vrai qu'il s'agisse du système financier, du système alimentaire ou du système de santé.

6 - L'enjeu, c'est la gestion du risque systémique. L'existence même du risque peut détruire la confiance, quand bien même la catastrophe ne se réalise pas. C'est donc bien le risque de l'événement et non seulement l'événement qui est l'objet crucial. Il est crucial parce que cela concerne toujours des systèmes ouverts qui comprennent par nature des risques et qui appellent, par un même effet de nature, un phénomène de confiance, alors que risque et confiance se marient difficilement, dépassant péniblement leur antinomie de principe.

7 - La solution est toujours la même : il y a un professionnel qui "porte" la confiance (5) : il est le relais fiduciaire du système vers la personne. Ce sera le médecin, le sapeur-marin, le président de la banque centrale, le notaire, le certificateur. Il y a toujours de

(3) V. *infra* n° 19.

(4) Sur le thème de la confiance, v. J.-P. Decorps, *La sécurité de la preuve*, cet ouvrage p. 217. Cette tâche très particulière de sécurité des systèmes explique que ces professionnels libéraux soient dépositaires de l'*imperium* régalien, comme les notaires, ou sont expressément chargés d'une mission de service public, comme les commissaires aux comptes (A. Charny, *L'exigence de qualité dans la profession d'expert-comptable*, cet ouvrage p. 247).

(5) J.-J. Alexandre Souyris, *La responsabilité des professionnels du droit*, cet ouvrage p. 225.

l'intermédiation professionnalisée dans un système à risque ouvert (6).

8 - Les instruments, nous les avons retrouvés de secteur en secteur. On observe l'institution d'autorités spécifiques, les agences de régulation ; on souligne l'existence des réglementations très complexes et pointilleuses attachées à des biens particuliers et s'il est vrai que les diverses réglementations épousent ces biens et sont très diverses les unes par rapport aux autres, ces normes sont pourtant très analogues, et dans leur forme (*corpus* administratif mouvant et très technique), et dans leur source (l'agence de régulation) et dans ce qui leur est commun : la caractéristique du bien qui fait que celui-ci est dangereux pour le système et la personne. On y retrouvera certes ce qui est très familier au droit : des biens, des actions en justice et des responsabilités, mais ce seront des biens régulés, des actions et des responsabilités systémiques.

9 - Dans un tel cadre, nous avons pu retrouver au fil des communications, quatre phénomènes corrélés : un système à risque, des choses dangereuses, une autorité de régulation, des professionnels chargés de confiance. Cela ouvre quatre perspectives. Tout d'abord, et le fondamental vient toujours d'abord, a été à la fois révélé mais aussi mis en cause le principe même d'une politique et d'un droit de (ou à) la sécurité des systèmes à risques.

I - LE PRINCIPE MÊME D'UNE POLITIQUE ET D'UN DROIT DE/À LA SÉCURITÉ DES SYSTÈMES À RISQUES

10 - Sans doute existe désormais un droit à la sécurité des systèmes, ce qui correspond à un nouveau type de droit subjectif, droit qui reflète la situation, la position de l'individu dans les divers systèmes qui l'enchaînent. Cela suscite des réflexions de philosophie du droit. Plus encore, de nombreuses interrogations sont apparues dans les diverses études : une telle situation ne met-elle pas en péril le principe même de la liberté humaine ? cela nous entraîne vers la philosophie politique.

1 - L'hypothèse d'un droit à la sécurité des systèmes

11 - Pourquoi la sécurité ? La réponse est venue aussi vite que la question était posée (7) : il faut de la sécurité parce qu'elle est la condition de la liberté, non pas sa source mais sa condition. Dès lors, la sécurité a le même statut que la propriété privée et c'est bien

(6) C'est pourquoi Internet qu'on présentait un temps comme le lieu de destruction de l'intermédiation a très rapidement réorganisé une intermédiation de confiance, notamment en matière financière (v., par ex., *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000).

(7) P. Pfeiffer, Cf. propos introductifs à ce colloque.

ainsi que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 les a articulées : pour qu'un homme puisse exercer sa liberté, il faut qu'il dispose d'un droit de propriété, qui lui permet d'exclure autrui, et d'un droit à la sécurité, qui interdit qu'on se saisisse de lui arbitrairement.

12 - Mais l'articulation est plus simple à penser entre la propriété et la liberté qu'entre la sécurité et la liberté. En effet, le droit de propriété est un droit subjectif dont la personne se prévaut et que les autres hommes doivent respecter. Or, la sécurité qui est ici en cause, c'est la sécurité des systèmes, lesquels doivent être sûrs par nature. Il n'y a donc pas de débiteur personnalisé de la sécurité (8). Le débiteur, ce serait le système lui-même : le système financier, le système de santé, la ville.

13 - Le système est alors la source des difficultés et le lieu de leur résolution. Cela explique la genèse technique de l'obligation de sécurité : il fallut des machines qui marchent toutes seules, les trains, des bateaux à vapeur et des voitures pour que naisse l'obligation de sécurité (9). Cette prise en compte du mécanisme éclaire l'évolution des solutions juridiques en matière de responsabilité médicale (10) : on a quitté progressivement la faute et l'obligation de moyens, bref l'espace du rapport interpersonnel (et donc du monde du contrat) pour aller vers la défaillance, l'obligation de résultat, bref l'espace des machines et des prothèses. Il est remarquable que l'évolution se soit toujours attachée à l'intervention d'un outil technique, l'aiguille, la prothèse, pour s'étendre enfin, avec la responsabilité de plein droit pour les infections nosocomiales, à la machine de l'institution hospitalière elle-même. Le professionnel est alors responsable non pas parce qu'il a commis une faute mais parce qu'il manie la machine et que la personne qui subit le risque de la machine lui faisait confiance (11).

14 - L'homme aurait donc un droit à la sécurité parce qu'il est au cœur du système. Il suffit de prendre l'exemple trivial du système alimentaire et du consommateur qu'on est contraint d'être pour survivre biologiquement. Plus précisément, l'homme est au cœur de plusieurs systèmes mais c'est sa santé qui devient de plus en plus l'enjeu des systèmes, non plus seulement le système de santé, mais des autres également. Ainsi, la sécurité industrielle a été repensée en considération de la santé des personnes : il y a eu reconversion de la sécurité dans la santé (12).

(8) C'est pourquoi cela fut traité classiquement par le droit public car on est rapidement conduit à trouver dans l'État le débiteur idéal.

(9) J. Mestre et C. Prieto, *Sécurité et vie de l'entreprise*, cet ouvrage, p. 169.

(10) A. Fournier, *L'obligation de sécurité du médecin*, cet ouvrage, p. 33.

(11) Cela correspond à une responsabilité systémique, v. *infra*. n° 75 et s..

(12) J. Bordonneau et M.-L. Lambert-Habib, *Problèmes et tendances du droit des installations classées*, cet ouvrage, p. 83.

15 - Ce qui permet ce phénomène, c'est la notion d'environnement. L'environnement traduit l'interaction générale des phénomènes qui affectent la personne. On sera sensible au fait que la montée en puissance du droit de l'environnement traduit en réalité une certaine conception du monde, du rapport de l'individu et du monde. Il s'agit plus particulièrement de la théorie de l'autoorganisation, théorie de biologistes, qui suppose que l'individu est affecté par l'information contenu dans ce qui l'entoure, information qu'il incorpore et traite, ce qui conduit à son évolution. Le souci sous-jacent au droit de l'environnement est une adhésion implicite de ce schéma explicatif du monde. Cela explique que la sécurité industrielle et la santé ne se distinguent plus, ce qui se traduit dans les décisions les plus techniques, par exemple l'absence d'autonomie de l'impact sur la santé dans les études d'impact sur la sécurité de l'environnement des sites classés (13).

16 - Dès lors, on a souci du système parce qu'on se préoccupe de l'homme qui est bénéficiaire du système mais aussi mis en danger par le système. Cette préoccupation, le droit pénal l'a parfaitement traduite à travers le délit nouveau de "mise en danger" : il y a délit si on met autrui dans une position dangereuse, si on l'expose au système, y compris au système naturel des intempéries.

17 - Il existerait donc bien un droit à la sécurité d'un système. On en trouve essentiellement le critère, la cause catégorique : c'est le risque systémique (banque, finance, assurance, environnement, alimentation, guerre, informatique). La notion-clé, la catégorie juridique, ce sera la notion d'épidémie, celle qui provoque le krack, l'effondrement du système. L'événement n'est plus analysé en tant qu'il est dramatique en lui-même mais en tant qu'il a des effets de propagations dramatiques. Ainsi, la marée noire est une catastrophe en tant qu'elle produit des effets irréversibles sur l'éco-système (14), le droit passant de la prise en charge du dommage ponctuel aux dommages systémiques irréversibles sur l'environnement. L'informatique relève de la même problématique (15) ; virus, épidémie, nous voyons désormais le monde à travers les schémas médicaux.

18 - Si l'on doit admettre l'existence d'un droit à la sécurité des systèmes, ce serait donc un droit subjectif au bénéfice d'un principe objectif. J'ai un droit à la présomption d'innocence (quel meilleur exemple de risque systémique de la machine judiciaire...), un droit à un environnement sain, un droit à la paix dans le monde, etc. Le système – et les gardiens du système que sont les autorités

(13) *Ibidem*.

(14) Chr. Scapel, *L'insécurité maritime : l'exemple de la pollution par hydrocarbures*, cet ouvrage, p. 121.

(15) M.-I. Malauzat et J.-P. Desideri, *Le principe de précaution dans la recherche scientifique*, cet ouvrage, p. 53.

de régulation et les professionnels – doit me satisfaire. La responsabilité pour les infections nosocomiales est emblématique parce qu'elle est l'illustration la plus nette d'un dommage causé par le système hospitalier, lorsque la machine "déraille" puisque la maladie n'est plus l'objet mais l'effet du système. Cet aspect systémique explique d'ailleurs que, pour une fois, le Conseil d'État ait accueilli plus rapidement que la Cour de cassation l'idée d'une responsabilité sans faute pour les infections nosocomiales survenues dans les hôpitaux publics (16), parce que l'État se définit plus aisément comme le gardien d'un système qu'un opérateur privé.

19 - Ce droit à la sécurité des systèmes appartiendrait à ce que l'on appelle les droits de l'homme de la troisième génération. Or, c'est la mondialisation a fait naître cette troisième génération (17), parce qu'elle a donné libre cours au risque systémique (18). Quant à ces droits de troisième génération, il faut réfléchir à leur bienfait d'une part, à leur effectivité d'autre part (19). Mais plus encore, retournons la proposition : le souci juridique, voire la priorité juridique, de la sécurité des systèmes n'est-elle pas paradoxalement contraire aux intérêts fondamentaux de la personne ? En d'autres termes, quels rapports s'établissent entre la sécurité des systèmes et le principe de la liberté humaine ?

2 - La sécurité des systèmes et le principe de la liberté humaine

20 - C'est manifestement le souci de chacun mais il peut s'exprimer de bien des façons. Tout d'abord, le droit à la sécurité est-il vraiment humain ? N'est-il pas le contraire, c'est-à-dire la revendication prométhéenne d'être soustrait aux lois de la nature ? Cela fut dit pour la médecine : le malade demande au système médical de faire en sorte qu'il ne meurt plus ; cela fut dit pour les orages ou les sécheresses : l'agriculteur, le vacancier ont un droit au beau temps (certes, comme le beau temps de l'agriculteur qui aspire à la pluie n'est le même que le beau temps du vacancier qui aspire au soleil, nous allons déboucher sur un crucial et pittoresque conflit de droits fondamentaux...).

21 - Ce que l'homme demande alors au droit, c'est d'être purement et simplement soustrait de sa condition, c'est de pouvoir vivre comme un dieu. Et les sciences de la gestion s'en mêlent : c'est

(16) J.-L. Mouralis, *L'obligation d'information du médecin*, cet ouvrage, p. 13.

(17) B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1998.

(18) Sur le rôle précurseur du droit maritime en la matière, parce que le saut des frontières est passé par la mer avant de passer par Internet, v. Ch. Scapel, préc., cet ouvrage, p. 121.

(19) B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, préc.

le produit zéro défaut. Deux réactions viennent s'insurger contre un tel idéal. Tout d'abord, ceux qui sont en charge de la sécurité du système s'insurgent contre ce qui conduit nécessairement à leur responsabilité incessante (20). Mais plus fondamentalement encore, le zéro défaut, c'est le totalitarisme : totalitarisme des normes de sécurité et de qualité, normes ISO de toutes sortes qui sont des modes d'embrigadement et dont une analyse foucauldienne ferait ses délices (21) ; totalitarisme des méthodes, notamment par l'usage de la transparence et de la chasse aux secrets, même à l'encontre de ceux qui en sont les gardiens, les professionnels (22). Il est donc essentiel que le droit en cause ici reste le droit de la défaillance et ne devienne pas le droit de la perfection.

22 - Plus encore, le système lui-même, par souci absolu de sa sécurité, peut être attaqué par le "sécuritarisme" (23). Il devient totalitaire et ceux qui auraient en charge la sécurité du système dans ces conditions pourraient alors exercer un pouvoir absolu. C'est pourquoi la normalisation est le cœur du pouvoir ; la bataille homérique sur la normalisation comptable mondiale l'illustre car qui tient les normes comptables, tient les marchés financiers et donc tient le monde. C'est pourquoi la sécurité peut aboutir à un pouvoir despotique, par exemple celui de l'administration en matière d'environnement, celui des médecins en matière de santé, celui des analystes financiers en matière économique : c'est le despotisme des experts.

23 - Une autre voie, plus insidieuse, peut mettre en péril la liberté humaine. En effet, il est désormais usuel de dire que la santé est le bien le plus précieux de l'homme, ce qui explique que la santé soit à l'épicentre de tout (24). Mais, dans la philosophie classique, on disait que ce que l'homme a de plus précieux, c'est sa liberté (25). On est donc passé de la liberté, essentiellement la liberté métaphysique, à la santé : Il y a matérialisation fulgurante de la "vie bonne" et dépossession de l'homme de ses droits fondamentaux politiques. Carl Schmitt le démontra. Au profit de qui s'est opérée cette dépossession ? Au profit du marché (26). Le marché ne peut pas fournir de la liberté mais il peut fournir des lois, il ne peut pas

(20) J.-M. Sotty et Ph. Berger, préc., cet ouvrage, p. 147.

(21) On se replongera dans le dernier cours de Michel Foucault au Collège de France qui portait sur l'urbanisme et le thème de sécurité urbaine.

(22) Fondamentalement, le professionnel était l'interlocuteur de l'individu et le gardien de ses secrets ; il devient agent du système et le révélateur de ses secrets. Il y a du pour et du contre (*Secrets professionnels*, Autrement, 1999).

(23) Expression de Georges David, *L'obligation de sécurité dans le cadre particulier des CECOS*, cet ouvrage, p. 47.

(24) J. Bordonneau et M.-L. Lambert-Habid, préc., cet ouvrage, p. 83 ; v. *supra* n° 14.

(25) V. M. Grimaldi, *L'ambiguïté de la liberté*, PUF, 1999.

(26) Sur le marché comme espace de régulation sécuritaire, v. *infra* n° 38 et s.

vendre l'épanouissement de l'âme mais il offre des médicaments et la chirurgie esthétique.

24 - Ainsi, ces droits de l'homme de troisième génération sont dans la foulée du triomphe du capitalisme (27). La notion de consentement ne protège pas contre la perspective d'un totalitarisme marchand (28). En effet, c'est le plus souvent avec le consentement du citoyen, devenu client, voire à sa demande, que le pouvoir économique impose son pouvoir et l'on sait d'expérience qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre consentement et totalitarisme. Dès lors, la sécurité pose la nécessité de sa réappropriation par le politique (29).

25 - Mais le droit peut lui-même produire un concept qui limite cette perspective délirante : c'est le principe de proportionnalité, proportionnalité de la réaction, de la charge et des prescriptions, qui interdit qu'on restreigne la liberté individuelle plus qu'il n'est nécessaire, principe qui conduit aux notions de risques acceptables, de prévention raisonnable, etc., notion juridique dont il faut rappeler qu'il est né dans l'Allemagne de l'après-guerre, c'est-à-dire dans le souci fondamental de faire barrière au totalitarisme. Il est remarquable que le principe de proportionnalité soit monté en puissance dans le même temps que le principe de précaution s'installait comme référence dans la décision publique, l'un faisant balance à l'autre, la proportionnalité permettant que le principe de précaution ne devienne pas totalitaire (30).

26 - La dernière question est la plus cruelle à poser : le droit à la sécurité ne suppose-t-il pas un renoncement absolu à la liberté ? En effet, ne faut-il pas présumer que nous ne sommes pas libres de nos actes pour que nous devenions en échange et par compensation créanciers de la sécurité des systèmes qui nous nourrissent et nous menacent ? Un exemple fut donné (31) : il faudrait que les cancers dus au tabac soient indemnisés car le fumeur est tenté par tous ces paquets de cigarette à portée de sa main. Mais une telle indemnisation suppose que, de fait, séduit par le marketing et incité par l'État percepteur de taxes, il n'était pas libre de dire non. De la même façon, et l'exemple est plus sérieux, le malade ne devrait pas être trop informé des risques de l'opération, car, incapable de faire les arbitrages, il pourrait se soustraire à l'information nécessaire. La sécurité serait le prix d'un renoncement à la liberté et à la rationalité des choix. Si c'est cela, le prix est trop lourd.

(27) V., not. L. Bolstansky et E. Chiappello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999.

(28) Sur la place du consentement, v. *infra* n° 49.

(29) J.-M. Sotty et Ph. Berger, préc. cet ouvrage, p. 147.

(30) Sur l'illustration à travers les études d'impact, v. J. Bordonneau et M.-L. Lambert-Habib, préc., cet ouvrage, p. 83 et *infra* n° 64 et s.

(31) J.-Fr. Mattei, cf. propos introductifs à ce colloque.

27 - Mais l'on peut développer une conception rationaliste du droit à la sécurité des systèmes, si l'on raisonne de la façon suivante. Le droit à la sécurité engendre avant tout le droit à l'information sur les risques que la personne encoure du fait du système (32). La personne informée peut exercer sa liberté, c'est-à-dire sa raison. La liberté retrouve alors sa définition hégélienne comme soumission à la nécessité de la connaissance, c'est-à-dire à la nécessité de la Raison. Ainsi, si celui qui est soumis aux risques d'un système, est informé de ceux-ci, le système, en lui procurant l'information, le rend maître de le mesurer, le rend libre. C'est pourquoi le pouvoir se joue aujourd'hui dans la circulation et la rétention de l'information, la première valeur patrimoniale de notre monde. Mais il est vrai que la personne ainsi informée subit le choc de sa liberté et qu'il faut pouvoir le supporter en endurant ce qui a été souvent évoqué, le "sentiment d'insécurité" (33).

II - L'ARTICULATION DES SYSTÈMES NORMATIFS PERTINENTS

28 - C'est donc le système qui crée l'insécurité et qui restaure la sécurité par une régulation adaptée. Dans un système globalisé, les systèmes communiquent entre eux, par exemple système industriel et système de santé. Le risque systémique ne connaît plus de frontière, ni territoriale, ni substantielle. Il faut articuler les différents secteurs, les différents corps de règles. Cela se fera au prix d'une complexité extrême, par l'articulation des systèmes normatifs pertinents, articulation qui va devoir trouver un lieu pour se déployer.

1 - L'articulation des systèmes normatifs pertinents

29 - Quels sont ces différents corps de règles qui aujourd'hui "tissent" leurs liens (34), sur le modèle du maillage. On peut identifier trois types de corps de règles. Tout d'abord, est concerné le corps des règles qui constituent la science. Les scientifiques, les savants disposent d'un pouvoir d'expertise ; ils conservent, transmettent et accroissent l'information. La gestion des risques reposant sur l'information, ils ont toujours leur part dans la régulation. Ensuite, trouve pertinence le corps des règles qui constituent le pouvoir politique, au sens très large, c'est-à-dire le pouvoir de décider pour autrui et d'organiser pour lui, à travers notamment les politiques publiques, par lesquelles le pouvoir politique dispose encore du pouvoir de prescription. Et puis, il y a le droit.

(32) V. *infra* n° 55 et s.

(33) Sur la notion de "sentiment" de sécurité ou d'insécurité, v. *infra* n° 70.

(34) J.-Fr. Mattei, cf. propos introductifs à ce colloque.

30 - Ces trois ordres sont normatifs, car ils sont à base de définitions, de catégories et de régimes applicables. Prenons les exemples successivement évoqués. La santé, ce n'est pas seulement un fait, c'est une définition, une définition académique, quasiment administrative, une définition qui structurent les faits (35). Les qualifications ne sont jamais de l'ordre de la nature et nous avons eu bien des exemples de qualifications présentées comme naturelles mais en réalité orientées de sorte que le régime juridique sert un dessein préétabli. Ainsi, en est-il de la qualification du produit humain comme "produit de laboratoire" ou comme "médicament" (36), ou encore de celle du vent comme catastrophe naturelle (37).

31 - Plus encore le travail de qualification aboutit à des architectures construites sur le couple du principe et de l'exception. Cela est déterminant car on ne traite pas du tout de la même façon la situation ordinaire de la situation exceptionnelle. Ainsi, la maladie est-elle l'exception de la santé, constituant donc l'accident, avec les conséquences juridiques du statut de l'accident, de l'anormal ; ou bien la santé n'est-elle que l'instant heureux et inattendue de la non-maladie ? Les discussions autour de ce rapport de principe et d'exception déterminent dans l'Organisation Mondiale de la Santé le sens des interventions.

32 - La difficulté est donc l'organisation d'une certaine porosité, afin que les qualifications de l'un soient reçues par l'autre. C'est aussi la mondialisation qui conduit à cet impératif nouveau de réception réciproque et de porosité des systèmes (38). Un exemple en fut donné : le système de santé veut traiter le phénomène de la vieillesse (39) ; le système juridique construira-t-il un "droit de la vieillesse" (40) ? Cette porosité du droit aux catégories de la médecine est bien sûr particulièrement nette à propos du corps humain.

33 - Le danger est sans doute dans la caution qu'une catégorie d'un système peut fournir aux gardiens d'un autre système. Ainsi, c'est la loi qui dit qu'existe ou que n'existe pas un risque sismique et qui conduit ainsi les personnes chargées de la sécurité tellurique de prendre ou non des dispositions (41). Le droit prévaut sur la physique.

34 - On comprend dès lors que la puissance de qualification constitue un enjeu de pouvoir considérable car c'est celui qui fournit les cadres de penser le système qui devient le maître de celui-ci.

(35) *Ididem*.

(36) G. David, préc. cet ouvrage, p. 47.

(37) R. Nussbaum, *Le nécessaire couplage entre prévention et indemnisation dans la gestion du risque naturel*, cet ouvrage, p. 153.

(38) V., par ex., *Le droit par la mondialisation*, Bruylant, à paraître.

(39) J. -F. Mattei, cf. propos introductifs à ce colloque.

(40) Sur cette interrogation, G. Lyon-Caen, *Une vieillesse sans droit*, D. 1991, chron., p. 111 et s.

(41) J.-M. Sotty et Ph. Berger, préc. cet ouvrage, p. 147.

Ainsi, lorsque les médecins persuadent les parlementaires que le jugement est comme une ordonnance, l'emprisonnement comme une thérapie, il devient logique que les médecins deviennent ceux qui décident de la libération des délinquants sexuels. On retrouve exactement le même enjeu entre le droit et la finance, ou plutôt entre les juristes et les financiers, car quand il s'agit de pouvoir, il s'agit toujours de personnes. La question est donc : qui donnera les grilles de la régulation ? En tout cas, ceux qui le feront l'exprimeront en tant qu'experts (42).

35 - Dans ce jeu entre les professions et entre les institutions, l'enjeu majeur est celui de l'interrégulation. La loi sur les nouvelles régulations économiques en donne le meilleur exemple, puisque dans sa première partie, elle met en corrélation les autorités de tutelle et de régulation en matière bancaire, financière et d'assurance, ce qui correspond exactement au risque système qui se propage de la banque, à la finance, à l'assurance. À l'interconnexion générale dans l'ordre de la nature (43), répond l'interconnexion dans la régulation. Mais cette interrégulation qui a vocation à être partout a pourtant bien un espace pertinent.

2 - L'espace pertinent de l'articulation des systèmes normatifs

36 - Quel est donc l'espace pertinent de la production de la sécurité ? Il y a beaucoup de prétendants, puisqu'il y a beaucoup de pouvoir à prendre. Tout d'abord, ce sont les professions qui prétendent réguler les systèmes, par exemple les banquiers maîtriseraient les risques systémiques financiers, les avocats et les magistrats prendraient en charge les risques de la justice, l'ordre des médecins régulerait le monde médical, etc. On observe en effet, là aussi en corrélation avec la mondialisation, au phénomène des professions et à la cristallisation d'un "droit des professions". Cela s'exprime par la revendication de l'autorégulation, c'est-à-dire un maintien et une surveillance des grands équilibres à charge et à partir des acteurs eux-mêmes, sans qu'il soit besoin d'un recours extérieur, notamment pas d'un recours aux juges. Les normes sont prudentielles ou déontologiques ; les sanctions sont disciplinairement distribuées par la profession elle-même.

37 - Ce modèle a pour lui un argument de grande cohérence : puisque le système repose sur la loyauté des professionnels qui ont en charge l'essentiel, à savoir la confiance (44), puisqu'une respon-

(42) Sur le rôle des experts dans la régulation sécuritaire, v. *infra* n° 74 et s.

(43) R. Nussbaum, préc., cet ouvrage, p. 153, qui précise que le risque systémique dans la nature peut constituer, de catastrophe naturelle indemnisable en catastrophe naturelle indemnisable, un risque systémique dans l'assurance.

(44) V. *supra* n° 4.

sabilité très rigoureuse pèse sur eux (45), il est juste qu'ils aient aussi la puissance de fixer les règles du système. Mais il faut tout d'abord éviter la capture du système par une profession qui aura naturellement tendance à orienter le système dont elle fournit l'intermédiation vers la satisfaction de ses intérêts corporatistes. Ensuite, il est très difficile d'organiser une déontologie et d'exercer une discipline dans un milieu ouvert, plus encore un milieu mondialisé. Enfin, la gestion du risque suppose l'organisation d'un travail en chaîne, par exemple la collaboration étroite entre le fonctionnaire et l'élu (46), ou bien celle du préfet et du procureur pour la sécurité urbaine. Cette notion de chaîne, corrélée à celle de suivi qui est caractéristique de la régulation sécuritaire (47), est contraire à l'idée de clôture caractérisant la profession.

38 - Le second prétendant a l'avantage de correspondre à ce modèle du milieu ouvert : c'est le marché. Le marché peut très bien faire place à la sécurité parce qu'elle engendre la qualité des produits, ce qui est un signe de prospérité et alimente l'efficacité du marché. Ainsi, le marché lui-même accroît sa qualité, et le marché est lui-même devenu un produit, par exemple lorsque les marchés financiers se cotent eux-mêmes. Cela est particulièrement vrai lorsque la vitalité du marché cesse de faire primer le critère de la bonne circulation du produit pour faire primer celui de la qualité (48) et de l'innovation des produits, comme c'est aujourd'hui le cas, l'idéal d'Adam Smith s'effaçant petit à petit devant une revanche de David Ricardo et un triomphe de Joseph Schumpeter.

39 - Dès lors, très logiquement, se met en place un marché de la sécurité. Puisqu'il y a des prestations de sécurité, il y a un marché de la sécurité (49). La sécurité est un objet économique, négocié et circulant sur le marché de la sécurité. La sécurité est un nouvel objet économique. Mais cela pose un problème politique majeur. En effet, nous avons vu le lien essentiel entre sécurité et liberté politique de l'individu : dès lors, la sécurité relève du régalién et l'État n'entend pas laisser le marché s'en saisir. Cela explique et fonde la jurisprudence du Conseil d'État qui interdit une telle dépossession (50). Mais ainsi comme pour tous les secteurs appelant régulation, la solution sera celle de la création d'une agence de contrôle et de

(45) V. *infra* n° 75 et s.

(46) J.-M. Sotty et Ph. Berger, préc., cet ouvrage, p. 147.

(47) V. *infra* n° 47 et s.

(48) Ce qui explique l'adéquation de la responsabilité du fait des produits défectueux avec les impératifs du marché : M.-H. Tian, *La mise en circulation du produit défectueux*, cet ouvrage, p. 69.

(49) J.-M. Sotty, et Ph. Berger, préc. p. 147 ; J. Mestre et C. Prieto, préc., cet ouvrage, p. 169.

(50) J. Mestre et C. Prieto, préc., cet ouvrage, p. 169.

régulation (51). Cela fut opéré par la loi du 10 avril 2000 créant une agence de régulation étonnante puisqu'elle a compétence pour demander des comptes aux entreprises privées de sécurité mais encore aux services de la police elle-même.

40 - Le marché a donc des raisons de s'imposer comme espace pertinent de la régulation des systèmes à risque. Mais là aussi, des arguments inverses très fort s'articulent. En effet, le marché ne traite que les choses et non pas les hommes ; cela ne l'arrête pas mais conduit à traiter en chose les hommes. Jean-Pierre Baud avait bien montré que la définition juridique de l'esclave était d'être un homme offert sur un marché (52). Il y a alors risque catastrophique de réification ; comme il est aisé de dresser le spectre du produit défectueux en évoquant l'enfant handicapé (53). C'est une question très difficile. Il est prudent de la laisser ouverte.

3 - Les deux modes d'efficacité de la régulation juridique des systèmes à risque : le rapport du droit avec l'espace régulé

41 - Comment le droit va-t-il traiter l'insécurité du système ? De deux manières, opposées l'une à l'autre. Tout d'abord, il va s'agir d'accroître les auto-défenses du système, dans un renforcement par le droit des traits de la régulation propre au système lui-même : par exemple, le droit va utiliser sa puissance pour rendre plus facile la traçabilité des infections, ou pour contraindre à un meilleur partage de l'information entre les investisseurs sur le marché financier. Ainsi, le droit se love dans un système dont il accepte les cadres ; il ne lui prête que son *imperium*.

42 - La seconde voie est inverse. Le droit va compenser l'inefficacité du système : il devient lui-même la sécurité du système intrinsèquement insécure. Le droit fournit alors autre chose que sa puissance à contraindre ; il fournit son artificialité, sa distance avec le système. Le droit devient indifférent aux évolutions, aux spasmes du système : il fournit une règle immobile et claire : il n'accroît plus la sécurité propre au système, il y insère sa propre sécurité, la sécurité juridique (54).

43 - Cette sécurité juridique s'organise dans une quasi-indifférence à l'égard de la technicité du système, car c'est ce qui permet notamment la constance de la norme. Le droit retrouve sa généralité, son abstraction et l'on ne saura trouver un meilleur

(51) V., par ex. et en dernier lieu, J. Bergougnoux, *La régulation des industries de réseaux*, Commissariat général du Plan, Doc. Fr., 2000.

(52) *L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain*, coll. Des travaux, Seuil, 1993.

(53) J.-F. Mattei, cf. propos introductifs à ce colloque.

(54) Demogue, cité par Christian Scapel, préc., cet ouvrage, p. 121.

exemple que la loi du 13 mars 2000 sur la preuve, qui adapte le droit aux nouvelles technologies en accroissant la généralité de ses définitions. Ainsi, les opérateurs soumis à une grande inconstance technique et à des changements politiques perturbateurs, voulant échapper ce que l'on désigne comme les "incohérences temporelles", c'est-à-dire les changements contradictoires des normes qui les régissent, vont alors bénéficier d'une règle stable.

44 - Il s'agit d'une instrumentalisation au second degré puisque la règle de droit sert l'objet en s'en éloignant. Ce que fournit le droit, ce n'est plus l'adéquation de la teneur de la prescription, c'est sa puissance à être incontestable. C'est pourquoi l'authenticité, c'est-à-dire cette magie juridique qui fait que des actes sont tenus pour vrais, sont comme vrais, dans l'indifférence de leur véracité effective, est essentielle dans les systèmes à risque, notamment Internet et son goût prononcé pour les certificateurs (55).

45 - Dès lors, naît un nouveau droit de l'homme, appartenant à cette troisième génération évoquée (56) : le droit à la sécurité juridique, au bénéfice de personnes à qui leur propre corps de règles techniques ne fournit plus la sécurité intrinsèque (57). L'évolution du droit positif, constitutionnel et législatif, met en place une articulation de nouveaux principes : la sécurité juridique, la clarté de la loi, son intelligibilité, son accessibilité. Dès lors, l'accès au droit, lié à l'effectivité de celui-ci au bénéfice de tous, devient le garant de la sécurité des systèmes insécures.

46 - Le droit devient alors un produit qui fournit la prestation de sécurité dans les systèmes. Cela nous ramène à la notion de bien sur un marché, un bien qui se soumet aussi aux normes de qualité (58). Pour les économiste, le droit est naturellement qualifié de "bien public" mais par les prestations dont il est la source, il est aussi un bien privé. Mais c'est un bien à risque, notamment par les revirements de jurisprudence (59). De ces vices cachés, son producteur, l'État, l'organisme qui conçoit les normes prudentielles, les contractants, seront un jour responsables.

(55) J.-P. Decorps et P.-Y. Gautier, préc., cet ouvrage, p. 217.

(56) V. *supra* n° 19.

(57) Sur l'importance de la sécurité juridique, v. J. Mestre et C. Prieto, préc., cet ouvrage, p. 169.

(58) Ch. Lavabre, *L'introduction de la norme ISO 9002 dans les cabinets d'avocats*, cet ouvrage, p. 241.

(59) J.P. Dumas, cf. propos introductifs à ce colloque.

III - L'OBJET DE LA RÉGULATION SÉCURITAIRE

47 - L'objet de la régulation sécuritaire, c'est avant tout le risque, le risque comme maître-mot, puis l'information, comme remède premier, ce qui se traduit essentiellement comme l'information sur le risque. Tout d'abord, vient le risque ; puis, vient l'information sur le risque. Il est vrai que l'information crée elle-même un risque, par exemple la perspective de panique, laquelle est le pire des risques systémiques... En langage courant, on évoque l'idée d'un remède pire que le mal.

1 - Le risque : objet premier de la régulation sécuritaire

48 - Le risque est tout d'abord appréhendé en raison de son intensité. On retrouve l'idée sous divers vocables, par exemple le risque anormal pour exprimer la catastrophe naturelle dont l'ampleur la fait précisément sortir de l'ordre de la nature (60) . On la rencontre dans la notion de risque grave, grave pour la personne, à savoir la mort, pour le système, à savoir son effondrement. On ne veut plus désormais subir la perspective du désastre. Cela pose la question du risque fatal. On peut définir le risque fatal comme celui qu'on ne peut éviter – la fatalité – et celui qui sera totalement destructeur. Cette ambiguïté liée à cette double définition, de ce qui est destructeur et de ce qui est inévitable, et la gestion du risque fatal nous ramène vers une conception prométhéenne que l'homme a désormais de son destin : nous n'avons plus à tout supporter de la nature.

49 - Cette maîtrise du risque par l'homme conduit à s'interroger sur le rôle de l'acceptation des risques par celui-ci. En effet, le risque normal est pris en charge sans régulation de système parce que l'homme l'accepte. C'est pourquoi l'acceptation de la fatalité suffirait à limiter l'ampleur du dommage. Plus encore, la personne informée du risque (61) le maîtrise par son acceptation. Dans ce second stade, on aboutit à une conception contractuelle et laïque de l'acceptation des risques, remplaçant la conception philosophique de soumission aux lois du monde. Cela s'observe très à propos de la maladie, naguère objet d'un rapport du malade et de la nature, aujourd'hui objet d'un contrat avec le médecin.

50 - Mais cette situation n'est pas nécessairement une solution. Tout d'abord, pour que l'acceptation des risques résolve les difficultés, encore faut-il que ce soit la même personne qui consente et qui risque. Cela peut être le cas pour le malade, encore que le cas

(60) R. Nussbaum, préc., cet ouvrage, p. 153 ; sur l'idée d'une nature anormale, v. *supra* n° 31.

(61) Sur le rôle de l'information, v. *infra* n° 55 et s.

du parent qui décide pour l'enfant est problématique ; mais ce n'est pas le cas pour le propriétaire dont l'incurie fait courir à autrui un danger du fait d'un bâtiment dangereux (62).

51 - Plus encore, on peut être soumis à des risques auquel on ne peut consentir parce qu'on ne peut y échapper et qu'un consentement suppose qu'existe préalablement la possibilité de refus. Or, la pollution par exemple nous soumet à des risques contre notre gré (63). Mais ce dernier cas doit être nuancé. En effet, les personnes qui disposent des moyens financiers peuvent se soustraire à des risques, en en mettant le prix dans leur alimentation ou leur lieu de villégiature. Dès lors, la régulation des risques pour tous devient un impératif éthique pour éviter la surexposition de ceux qui, même éclairés, n'ont pas le pouvoir de les éviter.

52 - Dès lors, la solution n'est pas le risque "accepté", mais c'est le risque "acceptable". Ainsi, en premier lieu, le risque acceptable n'a pas à être nécessairement accepté ; symétriquement, en second lieu, le risque accepté n'est pas nécessairement acceptable. C'est une évolution très importante du droit de passer de l'accepté à l'acceptable, par exemple on exige désormais non pas tant des prix acceptés que des prix acceptables (64). L'accepté est de l'ordre du contrat et l'acceptable est de l'ordre de la régulation.

53 - Reste à définir ce qu'est un risque "acceptable" (65). Il peut s'agir tout d'abord d'une acceptabilité objective, à travers la proportionnalité des risques et des coûts de gestion des risques. Il s'agit ensuite d'une acceptabilité subjective : ce que les gens sont prêts à accepter. Cette acceptabilité subjective explique l'importance de la communication, voire du marketing, de sorte que les personnes conçoivent des risques comme acceptables, mais aussi comme inacceptables, pour qu'ils soumettent par exemple à des politiques de vaccination ou qu'ils renoncent à construire dans des zones inondables. Il y a une éducation et à l'acceptabilité des risques et à l'inacceptabilité des risques.

54 - Mais quelles sont les personnes en cause dans cette perspective d'acceptabilité subjective ? Ceux qui courent les risques ou ceux qui paient pour les prévenir ou les réparer ? On revient alors à la problématique de la définition de la justice elle-même : comme doivent se partager les biens dans la cité entre les hommes, comment se répartissent les risques, les malheurs et les charges ? La philosophie du droit traite cette question depuis toujours, d'Aristote à John Rawls.

(62) J.-M. Sotty et Ph. Berger, préc., cet ouvrage, p. 147.

(63) J. Bordonneau et M.-L. Lambert-Habib, préc., cet ouvrage, p. 83.

(64) *Unitéralisme et droit des obligations*, Economica, 1999.

(65) M. Kert, cf. propos introductifs à ce colloque.

2 - L'information : première réponse de la régulation sécuritaire

55 - L'information est la réponse régulatoire au risque, mais elle est si difficile à saisir, car l'information en cause est celle qui circule mais aussi celle qui ne circule pas, celle qu'on découvre et celle qu'on n'atteint pas. Parce que l'information est la clé de la régulation, la science s'en mêle toujours (66).

56 - Prenons tout d'abord, l'information qui circule. L'enjeu est alors la révélation de l'information et le partage de l'information entre tous, qu'il s'agisse du marché financier ou de l'éducation sexuelle. Mais le système ne va pas que faire circuler l'information, il va fournir le plus précieux : l'information sur l'information. C'est par celle-ci que la gestion des risques s'organise.

57 - L'information sur l'information, ce sera notamment l'alerte donnée sur une information dans la masse des informations, l'information sur l'importance d'une information. Cela sera plus encore, l'information selon laquelle on peut se fier à une information. C'est la mission des professionnels : le notaire authentifie l'acte, le commissaire aux comptes certifie les comptes, le banquier assure le second marché de la qualité de l'entreprise introduite, l'agence du médicament atteste la qualité du produit mis sur le marché. C'est à chaque fois la même mission donnée aux professionnels : il porte la confiance du système.

58 - Ainsi, le système doit fournir la fiabilité de l'information. Faut-il aller plus loin ? Le système doit-il faire en sorte que l'information soit intériorisée par les personnes concernées ? En d'autres termes, existe-t-il un droit à la compréhension des risques ? On va dans ce sens, par exemple par la loi du 12 avril 2000 qui oblige l'administration à faire comprendre aux administrés les règles du droit qu'elle a pour charge de lui appliquer. Cela ressemble à l'obligation du médecin qui doit faire comprendre au malade l'opération qu'il va subir. Tout professionnel devient un instituteur.

59 - Plus encore, existe-t-il un droit à la puissance de manie- ment de l'information des risques ? Cela prend la forme d'un processus d'apprentissage : le système lui-même devient pédagogique. La mission du politique devient alors de "vulgariser" le savoir sur le risque : ainsi, de l'information, qui est d'ordre épistémologique, on débouche sur la prévention et la décision, qui sont d'ordre politique.

60 - Mais il n'est pas évident que l'effcience des systèmes, effcience à laquelle la sécurité participe, repose nécessairement sur la disponibilité de l'information. C'est en réalité renvoyer à la conception smithienne de la prospérité du système (la prospérité par la circulation) ; or, se met en place une conception schumpetérienne

(66) M.-I. Malauzat et J.-P. Desideri, préc., cet ouvrage, p. 53.

de la prospérité du système (la prospérité par l'innovation). Dans cette perspective, le principe de régulation emprunte alors à l'appropriation de l'information (67). La propriété redevient le principe, la propriété intellectuelle s'insère dans le marché, on commence à songer à la brevetabilité de l'information. Même s'il est vrai que le droit n'a pas encore consacré la propriété de l'information, on en retrouve les attributs. Ainsi, la protection des secrets permet d'exclure les tiers, les secrets se vendent, les vols de secrets sont sanctionnés, les professionnels deviennent gardiens des secrets.

61 - Avant d'être mise en circulation, l'information doit venir au jour. Or, il y a l'information qu'on trouve et celle qu'on ne trouve pas. Aujourd'hui, cette dernière a plus d'importance que la première. Tout d'abord, l'information que l'on trouve est systématiquement mise en carte. On construit une cartographie du système, qu'il s'agisse de la carte des risques sismiques (68), des cartes épidémiologiques, des cartes du réseau d'Internet. La régulation repose sur la science de la cartographie.

62 - Si l'on peut mettre en carte l'information dont on dispose, qu'on la met ainsi en corrélation avec les autres informations disponibles, pour rendre compte du système, il faut également partir à la recherche de l'information dont on ne dispose pas sur l'instant parce qu'elle n'est pas immédiatement visible. Il faut arriver à savoir qu'on ne sait pas, cette noscience socratique que la science moderne redécouvre. C'est le problème de la révélation du très-petit ou de l'invisible, qui se traduit très concrètement, par exemple dans la révélation comptable de l'ampleur du risque systémique (69).

63 - Il faut alors détecter l'importance de ce qui paraît insignifiant sur le moment – quelques cas d'une maladie grave par exemple -, mais qui est le signe d'un phénomène important, par exemple le déclenchement de l'épidémie, ou bien l'importance d'une petite fissure qui provoquera l'effondrement. Il faut ainsi traiter la "virtualité" grâce à l'anticipation. La virtualité est prise ici dans son sens romain, à savoir la circulation de l'analyse dans le temps, qui permet d'anticiper l'état futur des choses (70). On sait que certains événements actuels sont porteurs d'événements futurs, comme la graine contient la fleur. Ainsi, l'accident est prévisible : Erika ne pouvait pas ne pas arriver (71). Dès lors, il s'agit d'un futur entéléchique, c'est-à-dire déjà contenu dans le présent, dont la

(67) D. Poracchia, *La protection juridique des secrets de l'entreprise*, cet ouvrage, spécialement en ce qui concerne les transferts de technologie, p. 197.

(68) Ch. Kert, cf. propos introductifs à ce colloque.

(69) R. Nussbaum, préc., cet ouvrage, p. 153.

(70) M.-A. Frison-Roche, "Le droit à double sens : la virtualité", in *Drôle de droit*, Mélanges Élie Alfandari, Dalloz, 1999, pp. 263-273.

(71) Ch. Scapel, préc., cet ouvrage, p. 121.

connaissance affinée du présent permet la connaissance et qui doit donc être traité comme risque. Le système qui ne le prend pas en compte est défaillant ; c'est bien ce constat de défaillance du système qu'il faut dresser à propos des marées noires.

64 - Et puis il y a ce que l'on ne peut pas connaître, parce qu'aucun indice n'est saisissable, par exemple les maladies non encore révélées mais qui se cachent dans l'alimentation consommée, ou parce que cela relève du radicalement nouveau, l'innovation chirurgicale par exemple dont le médecin ne peut rien dire au malade (72). Comment traiter ce que l'on ne connaît pas ? C'est l'objet du principe de précaution. Celui-ci est avant tout un principe épistémologique (73) et l'on est très loin de l'expression courante comme quoi il faut prendre des précautions, qui est un principe technique et non pas un principe scientifique.

65 - Mais une fois qu'on connaît que l'on ne connaît pas, qu'on sait qu'on ne sait pas, il faut décider. La protection des risques prend toujours la forme d'une décision, et celle-ci est une décision de type politique, car il faut savoir, prévoir, choisir. Dès lors, apparaît l'objet synthétique de la régulation : tout d'abord, l'information sur le risque, puis l'apprentissage du risque, puis l'action issue de la dialectique de l'information et de l'apprentissage du risque : ce sera la prévention. Quel que soit le secteur considéré, la nature, la médecine, l'industrie, etc., la prévention est le cœur de la gestion des risques et l'on voit se constituer une sorte de droit de la prévention. Ainsi, les structures de gestion du risque qui étaient curatives, comme l'assurance, deviennent nécessairement préventives, ce qui explique l'insertion des assureurs dans la prévention.

IV - L'ORGANISATION DE LA RÉGULATION SÉCURITAIRE

66 - La régulation sécuritaire va donc s'organiser autour de cet objet. Elle sera nécessairement complexe : la régulation est une "machinerie", qui tient compte de la corrélation des systèmes entre eux ; tout doit se penser en termes d'interrégulation. Cela s'explique par reflet : le système est une machine, la régulation lui emprunte cette nature pour lui être adéquate. Cette figure de la machine conduit naturellement à une interrogation : quelle place les personnes vont-elles occuper dans la régulation ?

(72) G. David, préc., cet ouvrage, p. 47.

(73) M.-I. Malauzat et J.-P. Desideri, préc., cet ouvrage, p. 53.

1 - Le droit de la régulation comme mise en place d'une machine de régulation

67 - La première caractéristique du droit de la régulation, c'est l'exigence d'une autorité de régulation. On en retrouve le modèle partout : agence du médicament, commission des opérations de bourse. L'agence de régulation est à la fois dans le système lui-même, le plus souvent composée des professionnels eux-mêmes, et en distance avec le système, dans l'exigence d'indépendance et d'impartialité qui lui est faite. Son existence est le signe tangible que la déontologie et l'autorégulation ne peuvent suffire dès l'instant que le système à risque est ouvert.

68 - Le droit que l'autorité de régulation va produire prend la forme d'un flux, parce que cela correspond à la mission de veille qui lui est donnée, comme l'exprime la loi du 1^{er} juillet 1998 sur "la veille sanitaire". L'autorité est en prise permanente avec le secteur régulé. Il y a désormais une sorte de monitoring juridique, plus correctement exprimée par l'idée fondamentale de vigilance (74). La COB ou l'Agence du médicament sont chargés d'une surveillance analogue : autorisation de mise sur le marché du produit dangereux (valeurs mobilières ou substance chimique) puis surveillance ce qu'il en advient pour l'épargnant ou le malade. La gestion des risques et la volonté de régulation prennent toujours la forme d'une autorité de régulation, qu'il s'agisse de la prévention de la pollution ou de l'équilibre économique entre distributeurs et producteurs.

69 - La mise en place de cette autorité de régulation entraîne un déplacement du pouvoir normatif, de l'État à l'autorité. Plus encore, c'est la contrainte juridique telle qu'on la présente classiquement qui est remise en cause. En effet, dans des systèmes ouverts, il est très difficile de donner des ordres, parce que les destinataires peuvent s'échapper et parce qu'ils sont difficilement identifiables. Dès lors, le droit prend davantage la forme de messages, messages qui produisent un effet sur les comportements du fait du crédit fait au professionnel qui l'émet. Il suffit d'évoquer ici le phénomène d'Allan Greenspan pour les marchés financiers. Mais l'on peut généraliser la figure : la régulation suppose que la confiance soit portée par des professionnels particulièrement crédibles, par exemple, les sapeur-marin de Marseille, les présidents de juridictions, etc. Le droit, à rebours de son évolution, redevient charismatique, à travers ses porte-parole.

70 - L'enjeu est donc de créer, par ce système rhétorique, non plus tant une sécurité, mais un "sentiment de sécurité" (75). Daniel

(74) G. David, préc., cet ouvrage, p. 47.

(75) *Ibidem*.

Gutmann a montré qu'en droit l'identité avait fait place au sentiment d'identité (76). De la même façon, la sécurité des systèmes tiendrait dans le sentiment de sécurité des personnes qui en courent les risques. Cela n'est justement pas sans danger parce que les personnes agissent alors en fonction de la représentation qu'elles se font du monde : la sécurité devient un monde d'images, un système virtuel - au sens anglo-saxon du terme -, par la production de propos et de chiffres sécurisants.

71 - Ce phénomène de suivi continu et de reconstitution d'une sécurité par un pointillisme normatif change la forme logique du droit. Celui-ci fut longtemps constitué de points d'arrêt : grandes lois, grandes décisions du juge. Mais aujourd'hui, c'est plus un agglomérat de petits points qui s'accumulent dans le temps. Cela explique que le droit anglo-américain accueille plus facilement cette organisation que le droit romaniste. En outre, rien n'est définitivement réglé, les principes de référence peuvent être renversés, selon des règles logiques que Pierre Livet a analysées à travers sa théorie des inférences révisables (77).

72 - Ainsi, l'autorité de régulation se caractérise aujourd'hui de deux façons, et les deux accroissent sa juridicité (78). En premier lieu, ses pouvoirs juridiques ne cessent de monter en puissance, pouvoir d'expertise qui conduit par exemple à fixer les tarifs ou les prix, pouvoir d'élection qui permet d'autoriser tel ou tel opérateur à entrer dans le système, qu'il soit celui de la santé ou de l'électricité, pouvoir de sanction qui transforme les autorités de régulation en juridictions répressives, qualifiées comme telles par la Cour européenne des droits de l'Homme.

73 - La sécurité de la régulation prend enfin la forme de règles procédurales. La première d'entre elles est la transparence, transparence de l'information, des pouvoirs, de l'exercice des pouvoirs, des institutions, à commencer par l'autorité de régulation. La seconde est la gestion des conflits d'intérêts. Le conflit d'intérêts est un risque systémique majeur : qu'advierait-il de la confiance sur laquelle repose le système s'il s'avère que les professionnels qui en ont la charge servent des intérêts autres que celui du système ? Les conflits d'intérêts des experts sont procéduralement réglés, par des obligations de déclaration et des obligations de motiver leur avis. Cela est particulièrement vrai des médecins et des banquiers.

(76) *Le droit et l'identité*, sous presse.

(77) P. Livet, in *La rhétorique juridique*, à paraître.

(78) La juridicité de la régulation, in *Les nouveaux entrants*, à paraître.

2 - Le rôle des personnes dans la régulation juridique des risques systémiques

74 - On a vu que le rôle des professionnels est d'être porteur de la confiance faite par les intéressés au système. En cela, ils créent l'information, l'accréditent et la font circuler. Plus encore, les professionnels sont ceux qui surveillent le système, ce qui a été très bien exprimé par le terme de "guetteur" (79), et ceux qui donnent l'alerte.

75 - Mais leur rôle se traduit aussi par la responsabilité. Comme nous sommes dans une perspective régulatoire, la responsabilité n'a pas pour but de nécessairement sanctionner une faute, ni même de réparer un dommage, mais de protéger le système. C'est pourquoi il faut faire très attention à ce que l'engagement de leur responsabilité n'ait pas un effet néfaste sur le système, par exemple parce qu'elle déresponsabilise en mettant le poids financier des défaillances sur d'autres, les assureurs notamment, ou parce qu'elle conduit à un changement d'organisation finalement nuisible au système. Ainsi, la condamnation flamboyante d'Exxon dans une marée noire a conduit toutes les compagnies pétrolières à ne plus prendre en charge elles-mêmes leur flotte, ce qui a accru considérablement le risque de marée noire (80). Dès lors, pour emprunter aux réflexions des économistes en matière de régulation, il faut penser – notamment que les juges pensent – la responsabilité sous couvert de la théorie des incitations et des coûts de transaction, y compris et surtout en matière de responsabilité pénale (81). L'important, c'est l'effectivité du droit (82), ce qui rejoint un grand thème de la sociologie juridique (83).

76 - Plus encore, la responsabilité va être la source du système. En effet, c'est par la responsabilité que petit à petit les standards de comportement des professionnels, dont on a vu qu'ils sont le moteur de la régulation du système. Si le droit de la régulation se construit sur la responsabilité, il est donc entre les mains des juges, plus encore sur les procès, et donc repose finalement sur l'organisation probatoire. C'est pourquoi le droit de la preuve est si essentiel dans la gestion des risques (84). En matière d'environnement, notamment lorsqu'il croise la régulation économique, la preuve

(79) J. Mestre et C. Prieto, préc., cet ouvrage, p. 169.

(80) Ch. Scapel, préc., cet ouvrage, p. 121.

(81) V., not., "La constitution d'un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier", in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2000.

(82) D. Poracchia, préc., cet ouvrage, p. 197.

(83) Sur la croisée de ce souci entre économie du droit, droit économique et sociologie du droit, v. *Sociologie du droit économique*, L'Année sociologique, PUF, 1999, 2.

(84) J.-P. Decorps et P.-Y. Gautier, préc., cet ouvrage, p. 217.

devient le cœur du pouvoir parce que la preuve devient quasiment la source de l'équilibre du système, du centre du système, quasiment sa source, et il y a un art architectural dans l'édifice des charges de preuve et dans les présomptions (85).

77 - Ainsi, les personnes sont des agents du système. Le professionnel est placé pour donner de la confiance ; s'il manque à sa mission, sans qu'on ait à se soucier de sa faute, ni même de son intention, il sera responsable. Cette responsabilité de type systémique est d'une autre nature que la responsabilité de type classique ; elle reste pourtant personnelle et ne correspond pas à ce mouvement de mutualisation des risques que l'on observe par ailleurs. En cela, la responsabilité systémique reste de type individualiste et libérale, bien que de nature objective.

78 - De la même façon, l'efficience du système suppose que l'on distribue très largement – ce que l'on fait de loi en loi – des actions en justice pour que des responsabilités soient mises à jour, que l'information sur la défaillance circule et soit traitée par le système. C'est ainsi qu'il faut comprendre la montée en puissance du droit d'action des associations dès qu'un risque systémique existe, actions en droit de l'environnement ou en droit financier notamment.

3 - La transformation des biens à risques par la régulation juridique du système

79 - Le droit va prendre en charge la sécurité des produits de deux façons. En premier lieu, il va accroître la sécurité des produits et organiser la responsabilité dans le cas de leur défaillance. En second lieu, le droit va intégrer dans le produit sa propre sécurité juridique (86). C'est l'objet de la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité des produits défectueux, spécialement l'organisation de leur mise sur le marché (87) mais c'était déjà celui de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation de victimes d'accidents de la circulation, conséquence de cette mise en marche que ces choses dangereuses que sont les véhicules. Lorsqu'il s'agit d'organiser les réparations, comme cela a été souligné, "c'est le produit qui est jugé" (88). C'est pourquoi il suffit que le bien dangereux soit là pour que la réparation s'en suive, ce qui fonde la transformation de la causalité en implication.

(85) V. not. l'enjeu probatoire dans l'accord sanitaire et phyto-sanitaire dans l'Organisation Mondiale du Commerce et le contentieux du bœuf aux hormones qui s'en suivit.

(86) Sur cette double perspective, v. *supra* n° 41 et s.

(87) M.-E. Tian, préc., cet ouvrage, p. 69.

(88) *Ibidem*.

80 - Dès lors, c'est la nature même du bien, à savoir son caractère dangereux, qui justifie la prise en charge par le droit. La régulation engendre avant tout un nouveau droit des biens. Ainsi, le droit de la régulation puise dans le droit des biens, plus encore que dans le droit des obligations (89). Il s'agit le plus souvent des biens appropriés ; ainsi, la propriété privée et la régulation ne sont en rien incompatibles. C'est pourquoi la régulation est indifférente à la distinction du droit public et du droit privé.

81 - Ces biens dangereux, qui circulent sur un marché ouvert, se voient injectés un régime juridique spécifique, qu'ils emporteront dans leur circulation. Il s'agit d'une sorte de tutelle réelle des biens cruciaux. Ainsi en est-il des biens dangereux (cruciaux négativement, comme les installations dangereuses mesurées par les études d'impact (90)) ou concentrant la valeur du système (cruciaux positivement, comme les biens culturels). Les médicaments sont cruciaux en présentant cette double face, d'être à la fois bénéfiques et dangereux.

82 - Les biens dangereux deviennent plus sûrs, soit parce que le droit force leur nature, par exemple par la standardisation des produits grâce à leur normalisation (91), soit parce que le droit y insère la sécurité juridique. C'est ainsi que l'acte authentique rend sûre la parole donnée par Internet (92). C'est alors le droit en lui-même qui a nourri le bien d'une sécurité qui lui était initialement extérieure.

83 - En conclusion, cette régulation très coûteuse des systèmes ouverts à risque par le droit est en train de bouleverser le droit. À une séquence classique, construite sur les notions de faute, de volonté, d'intention et de dommage, qui mobilise essentiellement le droit des personnes et des obligations, se substitue une nouvelle séquence, basée sur les notions de régulation, de risque, de prévention et d'autorité de régulation, à laquelle correspond des règles procédurales et un droit des biens renouvelés.

(89) Pour la régulation financière, v. l'article précurseur de Michel Jeantin, *Le droit financier des biens*, in *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, pp. 3-10.

(90) J. Bordonneau et M.-L. Lambert-Habib, préc., cet ouvrage, p. 83.

(91) A. Charny, préc., cet ouvrage, p. 247.

(92) J.-P. Decorps et P.-Y. Gautier, préc., cet ouvrage, p. 217.