L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION SUR LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE COMPARÉ

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice
Septembre 2016

Sous la direction de

Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET
Professeure à l'Université Jean Moulin, Lyon 3 (UMR 5600 EVS, Institut de Droit de l'Environnement)

Jean-Christophe SAINT-PAU
Professeur à l'Université de Bordeaux, Doyen de la Faculté de droit et science politique, Directeur de l'Institut de sciences criminelles et de la justice (EA 4633)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 12.31). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

LISTE DES AUTEURS

Soraya Amrani-Mekki, Professeure agrégée, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Membre du Centre de droit pénal et de criminologie

Estelle Brosset, Professeure à Aix-Marseille Université, Chaire Jean Monnet « Droit européen et santé », Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires (UMR DICE n° 7318), Université Aix-Marseille

Néstor A. Cafferatta, Professeur de droit de l'environnement à l'Université de Buenos Aires, Argentine

Michele Cespa, Chercheur postdoctoral en Droit Comparé, Université de Milan

Carina Costa de Oliveira, Professeure en droit international et en droit de l'environnement à l'Université de Brasília (UNB). Directrice du Groupe de Recherche sur le droit, ressources naturelles et durabilité de la Faculté de Droit de l'UnB. Docteur en droit à Paris II, Panthéon-Assas

David Gilles, Professeur agrégé, Université de Sherbrooke

Paule Halley, Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Membre du Barreau du Québec

Mathilde Hautereau-Boutonnet, Professeure à l'Université Jean Moulin, Lyon 3
(UMR 5600 EVS, Institut de Droit de l'Environnement)

Christian Jäger, Professeur à l'Université de Erlangen-Nürnberg

C. E. A. Japiassu, Professeur de Droit Pénal de l'UERJ/ UFRJ/ UNESA; secrétaire général adjoint de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) et président du Groupe Brésilien de l'AIDP

Aida Kemelmajer de Carlucci, Professeure à l'Université de Mendoza, Argentine

Lara Khoury, Professeure agrégée et Vice-doyenne à la recherche, Codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit, Faculté de droit, Université McGill
Jonas Knetsch, Professeur à l'Université de la Réunion, Centre de recherche juridique (CRJ)
Gonzalo Medina, Professeur à l'Université du Chili, Universidad de Chile
Mustapha Mekki, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, Directeur de l'IRDA
Pilar Moraga, Professeure à l'Université du Chili
Taro Nakahara, Professeur à l'Université de Tohoku
Laurent Neyret, Professeur à l'Université de Versailles
Romain Ollard, Professeur à l'Université de La Réunion
Tadashi Otsuka, Professor of Waseda Law School
Gonzalo Quintero-Olivares, Professeur à l'Université de Tarragone, Espagne
Sébastian Rios Labbé, Professeur de Droit civil, Universidad de Chile et Universidad Austral de Chile
Marie-Pierre Robert, Professeure agrégée, Université de Sherbrooke
François Rousseau, Professeur à l'Université de Nantes, Codirecteur du Master 2 Droit pénal et sciences criminelles, Droit et Changement Social (DCS UMR 6297)
Steven Rousseau, LL.M., Université de Sherbrooke
Simon Roy, Professeur agrégé, Université de Sherbrooke
Jean-Christophe Saint-Pau, Professeur de droit privé et sciences criminelles, Doyen de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Bordeaux, Directeur de l'Institut de sciences criminelles et de la justice
Igor da Silva Barbosa, Chercheur dans le cadre du Master à la Faculté de Droit de l'Université de Brasília (UNB). Diplomate au Ministère des Affaires Etrangères du Brésil, attaché à la Coordination-Générale de Reglément des Différends à l'OMC
Mauricio Tapia R., Professeur de droit civil de l'Université du Chili
Guillemine Taupiac-Nouvel, Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole, IRDEIC- Centre d'excellence Jean Monnet, GDR CNRS Espace Liberté Sécurité et Justice
Simon Taylor, Université Paris Diderot
Maria Isabel Troncosco, Docteur en droit de l'Université Paris II
Maria-valeria del Tufo, Professeur à l'Université Suor Orsola Benincasa, Naples
Katsumi Yoshida, Professeur à l'Université Waseda, Tokyo

MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

TABLE DES MATIERES

L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE COMPARÉ 1

Liste des auteurs 3

Table des matières 7

RAPPORT 11

RAPPORT 13

ANNEXES 103

Partie 1 – Europe 103

1. France 103

PREUVE ET PRINCIPE DE PRÉCAUTION 103

LA OU LES LÉGITIMITÉ(S) DU OU DES JUGE(S) ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION 103

ACTIONS PRÉVENTIVES ET PRINCIPE DE PRÉCAUTION : VERS UN DROIT PROCESSUEL DE L'ENVIRONNEMENT? 103

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE FRANÇAIS, REGARD COMPARATISTE 103

L'IMPACT DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET SUR LE POUVOIR D'INJONCTION 103

PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET DEVOIR DE PUNIR 103

LES INFRACTIONS DE PRÉCAUTION 115

2. Angleterre 139

LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE : RAPPORT SUR LE DROIT ANGLAIS 141

3. Allemagne 171

LE RISQUE « ANTENNES-RELAIS » EN DROIT ALLEMAND 173

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME MAXIME D´ACTION EN DROIT DE L´ENVIRONNEMENT ET DE LA SANTÉ AINSI QUE SES RÉPERCUSSIONS SUR LE DROIT PÉNAL ALLEMAND 199

4. Italie 213

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN ITALIE - LE PROBLÈME DES CHAMPS ÉLECTROMAGNÉTIQUES 215

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN ITALIE 247

5. Espagne 283

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET SA DIFFICILE INCORPORATION AU DROIT PÉNAL 285

6. Union européenne 311

REGARDS SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE 313

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : L'ARLÉSIENNE DU DROIT PÉNAL DE L'UNION EUROPÉENNE 345

Partie 2 – Amérique du Sud 359

1. Brésil 359

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE BRÉSILIEN: LES LIMITES DE SA MISE EN ŒUVRE PAR LES TRIBUNAUX BRÉSILIENS 361

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE DROIT PÉNAL BRÉSILIEN 507

2. Colombie 519

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LA SITUATION DES ANTENNES RELAIS : LE CAS COLOMBIEN 521

3. Argentine 533

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT ARGENTIN : ÉTAT DES LIEUX 535

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE DROIT ARGENTIN 568
4. Chili 589
ANALYSE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE CADRE JURIDIQUE CHILIEN 591
LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION AU CHILI. LE CAS DES ANTENNES-RELAIS DE TÉLÉPHONIE MOBILE 615
LES ACTIONS CIVILES ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION 629
LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET SON EXPLOITATION EN DROIT PÉNAL 641
Partie 3 – Amérique du Nord 653
1. Canada 653
L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE CANADIEN : ASPECTS SUBSTANTIELS ET PROCÉDURAUX 654
LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DEVANT LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS : LE DIFFICILE AMARRAGE DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE À LA DÉCISION JUDICIAIRE EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT 689
L'ESPRIT DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LE DROIT CRIMINEL CANADIEN : DE LA JUSTIFICATION DE LA CRIMINALISATION À L'APPLICATION DU DROIT POSITIF 717
LA PRÉVENTION DES RISQUES INCERTAINS EN DROIT PÉNAL CANADIEN DE L'ENVIRONNEMENT 735
Partie 4 – Asie 767
1. Chine 767
LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT CHINOIS. ANALYSE DES RESPONSABILITÉS CIVILE ET PÉNALE 769
2. Japon 783
LE RISQUE « ANTENNE-RELAIS », REGARDS PRATIQUES DE DROIT COMPARÉ - RAPPORT JAPONAIS - 785

PRÉVENTION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX PAR VOIE D'ACTION EN CESSATION EN DROIT JAPONAIS 797

THE HANDLING OF SCIENTIFIC UNCERTAINTY BY JUDGES IN CIVIL PROCEDURES IN JAPAN 811

Partie 5 – Afrique 827

1. Afrique du Sud 827

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT SUD-AFRICAIN. ANALYSE DES RESPONSABILITÉS CIVILE ET PÉNALE 829

RAPPORT

RAPPORT[1]

Mathilde Hautereau-Boutonnet
Professeure à l'Université Jean Moulin, Lyon 3
(CNRS/UMR 5600 EVS, Institut de Droit de l'Environnement)

Jean-Christophe Saint-Pau
Professeur de droit privé et sciences criminelles,
Doyen de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Bordeaux
Directeur de l'Institut de sciences criminelles et de la justice

1. Sources - Un rappel concernant ses sources[2] : le principe de précaution est largement reconnu en droit international et se trouve dans diverses conventions. Le principe 15 de la Déclaration de Rio en date du 13 juin 1992 proclame : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de

[1] **Le Rapport contient des annexes. Celles-ci sont consultables en ligne sur le site de la Mission de recherche Droit et Justice, http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/etude-comparative-des-influences-du-principe-de-precaution-sur-la-responsabilite-juridique.** La recherche a donné lieu à 4 journées d'études, deux à l'étranger (Université du Chili décembre 2014/ Université de Mc Gill, avril 2015) et deux en France (Université d'Aix-Marseille septembre 2015/ Université de Bordeaux, mars 2016). Certains auteurs ont publié différentes chroniques à ce sujet en rappelant le soutien apporté par le GIP et deux ouvrages ont été publiés. Un premier ouvrage en langue espagnole avec la collaboration de Pilar Moraga (Université du Chili), un second ouvrage en langue française avec la collaboration de Lara Khoury (Université de Mc Gill) : v. L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale / Regards franco-québécois, 2015, éd. Sherbrooke/ *El Principio Precautorio en el derecho comparado*, éd. LOM (Chili) 2016.

[2] Sur cet historique des sources, not. S. Maljean-Dubois, *Quel droit pour l'environnement?*, Paris, Hachette Supérieur, 2008, pp 75-82 ; A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 4e éd, Paris, PUF, 2011, n° 120 et s., G. J. Martin, « Apparition et définition du principe de précaution », *LPA* 2000, 239, p. 7-9; M. Boutonnet et A. Guégan, « Historique du principe de précaution » dans Ph. Kourilsky et G. Viney, dir, *Le principe de précaution : rapport au premier ministre*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, 253 ; Ch. Leben et J. Verhoeven, dir, *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002 ; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Essai sur le genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.

l'environnement ». Il est également reconnu en droit de l'Union européenne depuis le Traité de Maastricht conclu en 1992 (art. 130R aujourd'hui 191 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) qui donne à l'Union européenne l'objectif de promouvoir une croissance soutenable en respectant l'environnement. Cette disposition précise que « La politique de la Communauté […] vise un niveau de protection élevé […]. Elle est fondée sur le principe de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur »[3].

2. Les ordres juridiques international et de l'Union européenne ont influencé le droit français. Dans l'ordre interne, le principe de précaution a été reconnu le 2 février 1995 à l'occasion de la loi Barnier (art. L. 110-1 du Code de l'environnement)[4]. Selon le législateur, en substance, la protection de l'environnement doit s'inspirer de certains principes dont « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Par ailleurs, depuis la loi du 1er mars 2005 (n° 2005-205)[5], le droit français s'est doté d'une Charte de l'environnement. Rejoignant le bloc de constitutionnalité, elle reconnaît les principes, droits et devoirs environnementaux au niveau le plus haut de la hiérarchie des normes. Cette Charte reconnaît le principe de précaution à l'article 5 qui dispose : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

3. Les juges français en déduisent sa valeur constitutionnelle. En effet, à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité arguant du non respect par le législateur du principe de précaution, le

[3] V. la contribution en annexe de ce Rapport de E. Brosset, Regards sur le principe en droit de l'Union européenne, p. 433.
[4] JORF n° 29 du 3 fév. 1995, p. 1840.
[5] JORF n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697.

Conseil Constitutionnel a affirmé que les dispositions issues de l'article 5, « comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif »[6]. Le principe de précaution doit donc être respecté par le législateur et les pouvoirs et autorités publics doivent en faire application. Cela signifie que le juge administratif veille à sa bonne application[7]. La jurisprudence rappelle ainsi que le principe de précaution est une norme d'application directe permettant de fonder des actions ayant pour but de vérifier la légalité d'un acte administratif ou d'engager la responsabilité des autorités et pouvoirs publics[8].

4. Droit de la responsabilité - Qu'en est-il des rapports entre personnes privées ? Du côté de la doctrine, la question a très tôt été posée[9]. Outre la possibilité que ce principe exerce une influence sur les conditions de la responsabilité civile, certains auteurs s'interrogeaient sur sa nature de principe et, plus particulièrement de nouveau principe de responsabilité civile[10]. En substance, le débat conduisait à se demander si le principe de précaution pouvait, non seulement exercer une influence sur la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, mais aussi permettre l'avènement ou le renforcement de sa fonction préventive. Autrement dit, au-delà d'une influence sur la faute et le lien de causalité après la réalisation du dommage, la question était de savoir si ce principe pouvait favoriser l'émergence d'une

---

[6] Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux OGM, JO 26 juin 2008. Confimation par le Conseil d'État, 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, n° 297931, publié au Recueil Lebon.

[7] Sur ce rappel jurisprudentiel, v. A. Van Lang, ouvrage préc., n° 126 et s. : v. aussi le fascicule de E. Gaillard sur Le principe de précaution, Jurisclasseur environnement, LexisNexis.

[8] Idem.

[9] G. J. Martin, « Précaution et évolution du droit » *D.* 1995, p. 299.

[10] Sur ce débat doctrinal, v. la contribution de L. Neyret dans les annexes de ce Rapport, p. 199. Not. : A. Guégan, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000, p. 147 ; P. Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, LPA 2000, n° 239, p. 51 ; D. Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », *RCA* 2001, n° 6, p. 72 ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'aveni »r, *D*. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005 ; Pour un rappel sur le droit français, M. Boutonnet, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », *MCGILL International Journal of Sustainable Development Law and Policy 2014/01*, n° 1 *in* https://www.mcgill.ca/jsdlp/files/jsdlp/boutonnet_10-1.pdf; Plus généralement, M. Hautereau-Boutonnet, L. Khoury, J.-C. Saint-Pau (dir.), L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale – Regards franco-québécois, éd. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2016.

action en faveur de la prévention de certains dommages d'une importante gravité dans le domaine environnemental et sanitaire, malgré leur incertitude scientifique.

5. Le juge français a apporté une réponse mitigée. En effet, au vu de la jurisprudence, et malgré le fait que la Charte de l'environnement ait restreint son champ de compétence aux autorités publiques, le principe de précaution n'est pas ignoré du droit de la responsabilité civile[11]. D'un côté, soucieux de l'importance des risques de dommages dans le domaine environnemental et sanitaire, la Cour de cassation admet que le principe de précaution puisse conduire à la réparation des dommages à la suite de la sanction d'un fait générateur fautif. Par ailleurs, certains juges du fond ont admis qu'il puisse justifier la prescription de mesures de prévention dès lors qu'est démontrée l'existence d'un risque de dommages même scientifiquement incertain[12]. Toutefois, d'un autre côté, outre que la Cour de cassation refuse que le principe de précaution exerce une influence sur la preuve du lien de causalité, elle est venue réduire, sous l'influence du Tribunal des conflits, sa compétence pour prescrire des mesures de prévention lorsque le risque litigieux résulte d'une activité autorisée et contrôlée par l'État[13].

6. Le débat doctrinal et potentiellement jurisprudentiel est-il pour autant clos ? Rien n'est moins sûr tant il est frappant de constater que, en France, le principe de précaution resurgit en permanence dans le débat politique et juridique. Décrié et critiqué par certains, loué par d'autres, ce principe réapparaît régulièrement dans le débat politique et peut renaître juridiquement de ses cendres au gré des évènements le favorisant, à savoir de nouveaux scandales ou risques sanitaires et environnementaux[14]. Pour preuve, la récente proposition de loi de révision constitutionnelle visant à

[11] Sur ce bilan jurisprudentiel, G. Viney, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement, éd. Frison-Roche 2013, p. 555 ; M. Boutonnet, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D*. 2010, p. 2662. V. en annexe de ce Rapport, les contributions de M. Hautereau-Boutonnet et L. Neyret.
[12] Ibid.
[13] Ibid.
[14] Sur ce constat, v. G. Viney, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », préc.

retirer ce principe de la Charte de l'environnement[15], celle-ci complétant une autre proposition militant pour l'avènement d'un principe d'innovation aux côtés du principe de précaution[16]. D'où la permanence des questions de politique juridique suivantes : faut-il que le principe de précaution devienne un véritable principe du droit de la responsabilité civile ? Quels seraient sa place et ses rapports avec la théorie du trouble anormal de voisinage ? Quelles devraient être plus précisément les conditions substantielles et processuelles de l'action préventive dont il serait porteur ? Quelle place accorder à l'incertitude scientifique ? Quels risques de dommages devraient être pris en compte ? Quelles mesures de prévention devraient être prescrites ? A quelles conditions ? Qui seraient les titulaires de l'action ? Est-ce vraiment le rôle du droit de la responsabilité civile que de prescrire des mesures de prévention malgré l'incertitude du risque de dommage ? Quels sont les risques d'excès ? La prévention ne relève-t-elle pas davantage du rôle des pouvoirs publics ? Le principe de précaution n'est-il pas un frein à la mise en œuvre des principes juridiques tournés vers la liberté d'entreprise ou, plus largement, ce que la doctrine nomme « la liberté de prendre des risques »[17] ?

7. Quant au droit de la responsabilité pénale, si la doctrine française s'y est certes moins intéressée, il a été très tôt constaté que le principe de précaution pourrait accentuer « *les poursuites pénales dirigées contre les décideurs publics ou privés* »[18]. Le principe de précaution n'étant pas une infraction autonome, la doctrine s'interrogeait alors sur la possibilité que le manquement au principe de précaution puisse être sanctionné *via* certaines incriminations dans lesquelles il pourrait s'insérer tout en tenant compte du respect du principe de légalité. Il en est ainsi de l'homicide et les blessures involontaires, les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal incriminant « *toute maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* », dès lors que ce fait a entraîné soit la mort, soit une incapacité totale de travail, quelle que soit la durée de celle-ci. Il en est également ainsi de l'incrimination de « mise en danger de la vie d'autrui », infraction indépendante de toute réalisation de dommage qui, selon l'article 223-1 du Code

[15] Proposition n° 2033.
[16] Proposition n° 1580.
[17] Expression issue de l'intitulé même de la thèse de H. Barbier, La liberté de prendre des risques, PUAM, Aix-Marseille Université, dir. J. Mestre, 2011.
[18] G. Viney et Ph. Kourilsky, Le principe de précaution, Rapport au Premier ministre, éd. O. Jacob, 2000, p. 76 s.

pénal sanctionne « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». Toutefois, ces prédictions doctrinales n'ont toujours pas été suivies par le juge. En revanche, à bien observer la jurisprudence, c'est surtout du côté des faits justificatifs que le principe de précaution tente de se faire une place en droit pénal. A l'occasion d'affaires similaires, à savoir le fauchage de parcelles de champs de culture de maïs OGM, les prévenus ont à plusieurs reprises invoqué différents principes, droits et devoirs consacrés par la Charte de l'environnement, dont le principe de précaution, celui-ci étant selon eux susceptible de caractériser l'état de nécessité. Leur raisonnement est le suivant : leur agissement délictueux est justifié par le risque pour la santé et l'environnement que présentent les organismes génétiquement modifiés et par la nécessité d'alerter sur ce point l'opinion publique. Si certains juges du fond ont été séduits par cette analyse[19], la Cour de cassation l'a clairement rejetée[20]. Il faut noter que, face à l'importance quantitative de ce contentieux, le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2011 s'en est soucié[21], venant affirmer que le principe de légalité reste un rempart contre le principe de précaution en droit pénal.

8. Au-delà de cette affirmation sans doute caricaturale, plusieurs questions perdurent. Le principe de précaution est-il un guide pour le législateur dans l'élaboration ou la modification de la norme pénale ? Et au-delà du constat d'une évolution peut-il fonder un devoir de punir ? Peut-on imaginer qu'il constitue une norme supranationale impliquant une sanction pénale ? Le principe de précaution est-il un guide pour le juge dans l'application de la norme pénale ? Est-il une directive d'interprétation de la faute pénale, du lien de causalité, notamment dans les infractions involontaires trouvant leur application dans les crises environnementales et sanitaires ? Est-il possible d'engager une responsabilité personnelle sur la base d'une conduite dont la dangerosité est incertaine : si c'est

[19] T. Corr. Foix, 3 oct. 2000, D. 2001, JP, p. 1357 ; T. Corr. Orléans 9 décembre 2005.
[20] v. Cass. crim., 28 avril 2004, n° 03-83.783 ; crim. 18 fév. 2004, n° 03-82.951 ; crim. 27 mars 2008, n° 07-83.009 ; crim 7 février 2007, n° 06-80.108 ; crim. 4 avril 2007, n° 06-80.512 ; crim. 31 mai 2007, n° 06-86.628 ; réc. crim. 3 mai 2011, n° 10-81.529.
[21] V. le Rapport en ligne sur Le risque, spéc. le chapitre 2 sur l'état de nécessité, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011

l'éventualité et non la possibilité d'éviter le résultat qui fonde la responsabilité, que reste-t-il du paradigme de la faute ?

9. **Droit comparé** - En allant plus loin, ces questions de droit de la responsabilité civile et pénale pourraient-elles trouver de nouvelles réponses en s'inspirant des droits étrangers ? **C'est l'objet même de cette recherche que de s'intéresser à l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé**. Cette étude se justifie avant tout au regard des raisons d'être du principe de précaution. Ce principe est tourné vers la prévention des dommages environnementaux et sanitaires d'une importante gravité bien que souffrant d'un manque de certitude scientifique. Les activités ou produits porteurs de ces risques de dommages, et avec eux les victimes potentielles, se trouvent dans tous les pays. De nature globale, ces risques appellent alors un traitement juridique global, à la fois international et national. De ce fait, au-delà de l'étude des sources internationales du principe de précaution par lesquelles les Etats s'engagent à le mettre en œuvre, il convient de comprendre comment chacun d'eux appréhende ces risques *via* leur propre droit de la responsabilité à travers différentes questions : la responsabilité civile et pénale est-elle un instrument d'anticipation des dommages commun à tous les pays ? Quel accueil lui est-il réservé ? Quels force, portée et contenu normatifs ces droits étrangers lui accordent-ils ? Connaît-il le succès que celui-ci a connu un temps en droit français de la responsabilité civile ? Si oui, quelle en est l'étendue, la mesure, les manifestations ? Si non, quelles en sont les raisons techniques autant que fondamentales ou idéologiques ? L'objectif de développement durable reconnu dans de nombreux pays peut-il freiner la mise en œuvre préventive et punitive de ce principe ?

10. En creux, la comparaison technique et fondamentale de l'étude présente un triple intérêt : d'abord, elle permet de rendre compte de la place qu'occupe actuellement le principe de précaution dans les différents systèmes juridiques. Puis, elle invite à dresser un état des lieux du droit de la responsabilité civile et pénale comme instrument de réparation et prévention des risques graves et incertains dans le domaine environnemental et sanitaire autant que de punition des comportements qui en sont à l'origine, à travers ses conditions substantielles et processuelles, ses fonctions, finalités ou fondements. Enfin, par échos, elle invite à regarder le droit français de la responsabilité avec un regard neuf pour apprécier son

originalité, ses lacunes et ses faiblesses, et à s'interroger sur sa légitimité et sur l'opportunité d'importer des techniques de droit étranger pour éventuellement renforcer l'efficacité de sa mise en œuvre.

11. **Méthode** - Pour mener cette recherche, nous avons choisi d'adopter une méthode à la fois théorique et empirique en observant les droits européen (Italie, Allemagne, Angleterre), sud et nord américain (Canada, Québec, Brésil, Chili, Argentine, Colombie), asiatique (Japon et Chine) et africain (Afrique du sud), ceux-ci permettant une approche aussi bien de la *common law* que du droit continental et, pour une grande part, intégrant la responsabilité de l'Etat dans le système de responsabilité civile.

12. Dans un premier temps, nous avons privilégié une **méthode théorique** consistant à vérifier la place qui était accordée au principe de précaution à l'occasion des actions en justice destinées à réparer ou prévenir les dommages causés dans un contexte d'incertitude scientifique autant qu'à sanctionner les comportement y conduisant. Il s'agissait de se demander si le principe de précaution était reconnu dans ces différents droits et, en cas de réponse positive, s'il détenait une place en droit de la responsabilité civile et pénale. Or, cette recherche a révélé que le droit français s'avérait le seul à accorder une telle importance normative au principe de précaution en le haussant en haut de la hiérarchie des normes et en le faisant entrer, certes de manière encore fragile et uniquement à certaines occasions, en droit de la responsabilité[22]. Par contraste, si certains droits étudiés reconnaissent le principe de précaution au seul niveau législatif, en particulier dans des législations sectorielles, non uniquement environnementales, d'autres ne lui offrent qu'une reconnaissance implicite. Surtout, lorsque la jurisprudence le reconnaît, il est considéré davantage comme un principe guidant les politiques environnementales que comme un principe susceptible d'orienter franchement la responsabilité civile et pénale.

13. **Pays** - Ainsi au Canada et au Québec, si le principe de précaution n'a pas été intégré dans la loi sur la qualité de l'environnement[23], il relève des principes guidant l'exercice des pouvoirs de

[22] V. l'exception du droit colombien qui offre une reconnaissance constitutionnelle du principe de précaution via le pouvoir d'interprétation du juge, contribution de M. I. Troncosco dans ce Rapport, en annexe, p. 519 s.

[23] V. cependant l'article 20, S. Rousseau et D. Gilles, « Le principe de précaution devant les tribunaux québécois : le difficile amarrage de la prise en compte de l'incertitude scientifique à la décision judiciaire en droit de l'environnement », contribution en annexe du Rapport, p. 650 et s.

l'administration dans la loi de 2006 sur le développement durable. Surtout, la jurisprudence le reconnaît comme un principe orientant le droit de l'environnement. Ce principe concerne essentiellement l'action publique dans le domaine environnemental. Comme le notent Steven Rousseau et David Gilles[24], la Cour suprême du Canada l'a reconnu en 2001 dans l'arrêt *Spraytech*[25] et, depuis, il est considéré comme « un principe interprétatif général, permettant aux tribunaux québécois de justifier toute conclusion compatible avec la finalité d'assurer la préservation de l'environnement, et ce, indépendamment du degré de connaissance des risques encourus ». Il est un outil d'interprétation des normes environnementales tant au Québec qu'au Canada et conduit parfois le juge à justifier des décisions environnementales prises par les personnes publiques sur le fondement du principe de précaution. Il est un argumentaire courant du côté des justiciables et le juge y fait appel pour justifier ces décisions. Reste que, sur le fond, les auteurs rappellent qu'il existe parfois une confusion permanente entre le principe de précaution et le principe de prévention et citent certains arrêts montrant que le juge opère un contrôle strict de ses conditions d'application, en particulier l'exigence d'un dommage grave et irréversible[26]. Concernant le droit de la responsabilité civile, comme Lara Khoury le note également, il n'est certes pas un principe de droit de la responsabilité. Toutefois, on en trouve certaines traces par le biais d'analyses subtiles. Ainsi a-t-il justifié une absence de faute de la part d'un défendeur pour avoir justement adopté des mesures de précaution[27]. Par ailleurs, il suscite l'intérêt des auteurs et, parmi eux, certains estiment qu'ils pourraient permettre un renforcement de la responsabilité objective.

14. En Afrique du sud, comme le notent Jonas Knetsch et Romain Ollard[28], le principe de précaution est consacré par le droit positif. Non autonome, il est vu comme un principe guidant l'action du législateur et des pouvoirs publics dans le domaine environnemental. Il découle du concept de

[24] V. leur contribution, p. 650 et s.
[25] Les auteurs citent l'arrêt : 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), 2001 CSC 40, p. 258.
[26] Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais.
[27] B. Frégeau et Fils c. Société de l'assurance automobile du Québec, B.E. 2004BE-688 (C.Q.). V. la contribution dans ce Rapport de L. Khoury, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux ».
[28] V. leur contribution, p. 1285 et s.

développement durable « auquel se réfère la Constitution sud-africaine[29] et dont les principes directeurs sont énumérés dans le *National Environmental Management Act (NEMA)* de 1998 »[30]. Peu étonnant que la doctrine sud-africaine s'y intéresse uniquement du côté du droit de l'environnement et, tout comme le juge, ne l'envisage aucunement comme un principe de responsabilité civile. Les auteurs concluent que « en l'état actuel du droit positif, le droit de la responsabilité, civile et pénale, reste hermétique au principe de précaution, aucune décision jurisprudentielle n'ayant pour l'heure expressément et officiellement admis l'intégration du principe de précaution en droit de la responsabilité, civile ou pénale ».

15. Au Chili, si la Constitution politique de la République (CPR) reconnaît le « droit à vivre dans un environnement non pollué et le devoir de l'État de préserver la nature » et si la loi de 1994 n° 19300 offre une place au principe de prévention dans le domaine environnemental, le principe de précaution est absent du corpus législatif. En revanche, comme l'explique Pilar Moraga[31], le juge le reconnaît explicitement ou implicitement mais opère une confusion entre principe de prévention et de précaution.

16. Au Brésil[32], le principe est reconnu explicitement dans plusieurs normes infra-constitutionnelles. Il en est ainsi des lois concernant la réglementation des OGM[33], des déchets[34] et du

[29] Selon les notes de bas de pages des auteurs: Section 24 de la Constitution (Act 108 of 1996) : « Everyone has the right […] to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that […] secure ecologically sustainable development […] ».

[30] Selon également les auteurs : Section 2(4)(a) du National Environmental Management (Act 107 of 1998) : « Sustainable development requires the consideration of all relevant factors including the following: […] (vii) that a risk-averse and cautious approach is applied, which takes into account the limits of current knowledge about the consequences of decisions and actions […] ».

[31] V. sa contribution en annexe du Rapport, « Analyse de l'application du principe de précaution dans le cadre juridique chilien », p. 589 et s.

[32] V. la contribution en annexe, C. Oliveira et I. da Silva Barbosa, « Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile brésilien : les limites de sa mise en œuvre par les tribunaux brésiliens », p. 481 et s.

[33] Les références sont citées par les auteurs : Art.1er de la loi fédérale brésilienne 11.105 du 24.03.2005 qui établit des normes de sécurité et de contrôle des activités liées aux organismes génétiquement modifiés.

[34] Article 6, I, de la loi fédérale brésilienne 12.305 du 2.08.2010, Politique Nationale des Déchets Solides.

changement climatique[35], ou encore du décret de 2004 relatif au droit des zones côtières[36]. De manière implicite, il se retrouve à l'article 225, paragraphe premier, alinéa V de la Constitution Fédérale selon lequel « Chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré qui est un bien à l'usage commun du peuple et essentiel à une qualité de vie saine ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe à la puissance publique et à la collectivité. Paragraphe premier : Pour assurer le caractère effectif de ce droit, il appartient à la puissance publique : […] (v) - de contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques, de méthodes ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de la vie et l'environnement »[37]. En revanche, comme l'explique la contribution de Carina Costa de Oliveira et Igor da Silva Barbosa, les juges ne l'ignorent pas et, en droit de la responsabilité civile, sans reconnaissance explicite, on peut y voir une certaine influence notamment dans le domaine de la preuve.

17. En Argentine, le principe de précaution est reconnu dans la loi générale sur l'environnement 25675, texte légal en vigueur depuis décembre 2002. Selon l'article 4 de cette loi, « L'interprétation et l'application de la présente loi et de toute autre règle visant à exécuter la politique environnementale seront soumises aux principes suivants », à savoir le principe de prévention, le principe de responsabilité et le principe de précaution, ce dernier étant défini de cette manière : « En cas de danger de dommages graves ou irréversibles, l'absence d'informations ou de certitude scientifique ne pourra pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures effectives en fonction des coûts pour éviter la dégradation de l'environnement ». Concernant ce pays, comme le rappellent Nestor E. Cafferatta[38] et Aida Kemelmajer de Carlucci[39], il est frappant de constater que, comme en France, la doctrine s'est passionnée pour ce principe. La question de sa reconnaissance comme principe de responsabilité s'est également posée, ce qui explique que, en droit de la responsabilité civile, le juge s'imprègne des débats doctrinaux, notamment par le biais de la possibilité qu'ils ont de faire valoir leurs opinions, même dissidentes, lors du jugement.

---

[35] Art 3 de la loi fédérale brésilienne 12.187 du 29.12.2009, Politique Nationale sur les Changements Climatiques.
[36] Art. 5, X, du Décret fédéral brésilien 5.300 du 7.12.2004 , qui réglemente la Loi n° 7.661, du 16 mai 1988 instituant le Plan National de Gestion Côtière.
[37] V. la traduction en français de la Constitution brésilienne: http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=218254.
[38] V. sa contribution en annexe du Rapport, « Le principe de précaution dans le droit argentin », p. 566 et s.
[39] V. sa contribution en annexe du Rapport, « Le principe de précaution en droit argentin, Etat des lieux », p. 533 et s.

18. En Colombie, Maria Isabel Troncosco[40] explique que si le principe de précaution est reconnu dans certaines législations sectorielles (comme dans le domaine des antennes-relais), la Cour constitutionnelle lui accorde une valeur constitutionnelle en s'appuyant sur certains devoirs environnementaux (art. 266 de la Constitution) et, en particulier, les devoirs de protection et de prévention (articles 78, 79 et 80 de la Constitution). Dans une décision de 2004, la Cour a ainsi affirmé que, « dans une certaine mesure, la norme constitutionnelle a donné le statut constitutionnel au principe de précaution puisqu'elle impose aux autorités le devoir d'éviter les dommages ou risques menaçant la vie, la santé ou l'environnement ». De ce fait, en Colombie, le principe de précaution possède une valeur juridique importante dans le domaine de l'environnement et la santé.

19. En Italie[41], guide des politiques publiques dans le domaine environnemental, le principe de précaution est reconnu par le biais de transpositions de directives concernant l'évaluation de certains risques, notamment les OGM, mais aussi de lois régissant un risque spécial comme celui lié à l'exposition aux antennes-relais. Il bénéficie surtout d'une reconnaissance du juge sur le fondement de l'application directe du droit de l'Union européenne, ce dernier en faisant une application intéressante dans le domaine des risques dus à l'exposition aux champs électromagnétiques. Il peut se manifester dans les décisions faisant ici cesser les risques.

20. En Allemagne, il est très surprenant de constater que, alors que la doctrine notamment française ne cesse de rappeler que le principe de précaution est d'origine allemande – tout au moins dans le domaine de la philosophie et de la sociologie-, il n'est toujours pas un principe général du droit de l'environnement. On le retrouve implicitement dans des législations sectorielles (loi fédérale sur le protection des nuisances) et explicitement en droit agro-alimentaire, dans la réglementation également sur les OGM, l'eau et le nucléaire[42]. Il demeure un objectif essentiellement environnemental et reste

[40] V. sa contribution en annexe du Rapport, « Le principe de précaution et la situation des antennes-relais, le cas colombien », p. 519 et s.
[41] V. la contribution de M. Cespa, « Le principe de précaution en Italie. Le problème des champs électromagnétiques », p. 337 et s.
[42] V. la contribution de J. Knetsch, « Le risque « antennes-relais » en droit allemand », p. 295 et s..

inconnu du droit de la responsabilité civile. Les idées philosophiques de Hans Jonas n'ont finalement eu que très peu de retombées du point de vue juridique.

21. En droit anglais, le principe de précaution ne connaît pas vraiment de succès. Selon les mots de Simon Taylor, « Il est identifié plutôt comme un objectif de nature politique et l'interprétation faite par le gouvernement du principe semble lui donner une portée relativement limitée »[43]. Et de citer uniquement une loi lui offrant une place implicite : l'article 92 de la *Water Ressources Act* 1991 qui attribue au Ministre de l'environnement le droit d'adopter par décret des règlements pour prendre des mesures de précaution contre la pollution de l'eau. Là encore, essentiellement de nature environnementale, ce principe reste inconnu en droit de la responsabilité civile : le juge civil, la doctrine civiliste ou pénaliste autant que les justiciables ne lui accordent que peu d'intérêt.

22. Quant au Japon, les professeurs Tadashi Otsuka et Taro Nakahara constatent que celui-ci ne bénéficie d'aucune consécration législative générale. Il s'intègre au droit japonais essentiellement par le biais des obligations de l'Etat signataire de différentes conventions internationales le reconnaissant. La loi programmatique du droit de l'environnement de 1993 se borne à exiger dans son article 4 la nécessité de protéger l'environnement « en enrichissant la connaissance scientifique ». Il reste un objectif de nature environnementale extérieur au droit de la responsabilité civile.

23. **Autre méthode** - Est-ce à dire, au terme de ce constat, que le principe de précaution n'exerce aucune influence sur le droit de la responsabilité ? S'il était tentant de répondre par la positive au vu des premières recherches assez théoriques, nous avons pris conscience en cours de projet, qu'il était nécessaire de dépasser cette première conclusion pour vérifier si, au-delà des mots qui limitent parfois le champ de la découverte, il existe dans ces pays des techniques de droit positif favorables au sens même du principe de précaution. Ce fut en effet l'une des difficultés de droit comparé à dépasser. Alors que la question de l'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité ne suscitait parfois qu'une réflexion limitée de la part des contributeurs étrangers, il en était tout autrement lorsqu'il s'agissait d'évoquer la manière dont ce même droit appréhendait les risques de dommages graves et

[43] V. sa contribution en annexe du Rapport, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique : Rapport sur le droit anglais », p. 263 et s.

incertains dans les domaines de l'environnement et de la santé. D'où la volonté d'opérer, en cours de recherche, une évolution méthodologique. Prenant acte du fait que l'influence officielle du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale était *a priori* assez réduite, nous avons voulu nous séparer du « monde des mots » pour saisir celui du « sens », à savoir plus généralement la relation incertitude scientifique/droit de la responsabilité. Il s'agissait alors de poser la question suivante à nos interloculteurs : « votre droit de la responsabilité peut-il réparer les dommages causés ou les prévenir malgré le contexte d'incertitude scientifique les concernant et punir les comportements qui en sont à l'origine? ». Combiné avec une recherche plus théorique, ce second aspect de la recherche plus empirique et réaliste nous a conduit à réorienter la réflexion en se détachant du mot principe de précaution et, concrètement, en privilégiant l'analyse de cas pratiques, en particulier les risques liés aux antennes-relais[44].

24. Cette recherche à la fois théorique et empirique permet au final de dresser un bilan assez paradoxal.

25. En droit de la responsabilité civile, l'influence exercée par le principe de précaution sur la réparation et prévention des dommages s'avère assez limitée. Les conditions du droit de la responsabilité civile restent pour une grande part réfractaires à l'appréhension de l'incertitude scientifique. Dans le domaine sanitaire et environnemental, la prise en compte de la prévisibilité du dommage, de l'utilité sociale du risque ainsi que des autorisations administratives permet bien souvent de justifier les activités à l'origine des risques en jeu et empêche tout autant l'indemnisation des dommages que leur cessation. Toutefois, d'un autre côté, l'étude des droits étrangers a permis de découvrir qu'il existait des techniques susceptibles de renforcer la mise en œuvre du principe de précaution, notamment en droit français de la responsabilité civile, sans que celles-ci soient pour autant officiellement rattachées au principe de précaution. Autrement dit, pour une autre part et sans que la doctrine étrangère n'y voit spontanément les traces du principe de précaution, ces techniques constituent un terrain d'accueil favorable à sa mise en œuvre. **Là est le paradoxe : peu probante et encore fragile en droit de la responsabilité civile dans l'ensemble des droits étudiés, l'influence du principe de précaution pourrait pourtant se renforcer**

[44] Organisation d'une journée d'étude à l'Université d'Aix-Marseille, Le principe de précaution et les antennes-relais, 24 septembre 2014.

en s'appuyant sur certaines techniques découvertes à l'occasion de la recherche. Or, s'il ne s'agit pas dans ce Rapport de militer pour leur importation ou instrumentalisation en droit français, il semble en revanche utile de les mettre en évidence pour comprendre le potentiel en particulier préventif qui s'en dégage.

26. Quant au droit pénal, la logique de précaution irrigue la législation pénale, notamment en matière environnementale, qui connaît, dans divers pays des infractions spéciales de prévention, sans que toutefois, un délit général de précaution ne trouve une consécration. La raison principale tient à l'exigence de prévisibilité de la norme pénale qui suppose de limiter la pénalisation à des risques graves et irréversibles dont la qualification serait éventuelle en raison de l'existence d'une controverse scientifique minimale. Ce n'est qu'à ces conditions que le principe de précaution pourrait commander une pénalisation à laquelle le législateur ne pourrait se soustraire dès lors qu'elle constitue une garantie des droits et libertés fondamentaux (vie, intégrité physique). Dans une autre direction, le juge pénal peut se saisir du principe de précaution dans sa mission d'interprétation des infractions d'imprudence contre la vie, l'intégrité physique et l'environnement ce qui suppose une adaptation des concepts classiques de faute et de causalité. La qualification de la faute de précaution réside dans l'anticipation des risques incertains, dans leur information et leur minimisation ; le reproche social constitue alors une imprévoyance des risques graves et irréversibles ou une persévérance de l'activité à danger grave et irréversible éventuel. Reste l'obstacle de la causalité qui ne peut être surmonté lorsque, au moment du jugement, l'incertitude scientifique demeure. Car en matière pénale, la présomption d'innocence interdit d'envisager des présomptions de causalité.

27. C'est donc sous le prisme des possibilités et des limites que ce Rapport examine la double influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile (I) et pénale (I) comparé.

I. L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile comparé

28. **Dualité** - D'emblée, l'étude des différents droits étrangers montre que l'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile est très limitée en raison des conditions de mise en jeu de la responsabilité (A). Toutefois, à bien y regarder, certaines techniques de droit positif

pourraient aller vers le sens d'une meilleure appréhension de l'anticipation des risques de dommages graves dans le domaine environnemental et sanitaire malgré leur incertitude scientifique. Existe ici un potentiel (B).

A. Les limites

29. Il s'agit ici de vérifier quelle est l'influence exercée par le principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile en cas de réalisation des dommages aux fins de réparation (A) et avant leur réalisation, aux fins alors de prévention (B), sachant que, parmi les droits étudiés, beaucoup n'établissent aucune distinction entre responsabilité administrative et civile et ne connaissent pas de juridictions administratives (la jurisprudence citée concerne alors également la responsabilité étatique).

1- La réparation

30. **Droit français** - Du côté du droit français, la Cour de cassation a reconnu dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 3 mars 2010[45] que le manquement au principe de précaution était une source de responsabilité civile. En l'espèce, les propriétaires d'un terrain à proximité d'une source d'eau minérale avaient fait réaliser un forage pour l'arrosage du jardin. La société qui exploite la source d'eau estimait que ces travaux pouvaient entraîner un risque de pollution pour l'eau. Elle avait alors assigné les propriétaires devant le juge civil qui rejeta son action. Formant un pourvoi devant la Cour de cassation, la société argua du fait que le principe de précaution « impose d'anticiper et de prévenir tout risque même non encore identifié ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Après avoir rappelé le principe de précaution découlant de l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement, elle affirme que « *le risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application ».* Et d'en déduire que « *les époux X... n'avaient pas commis de faute*[46] ». On en retient, *a contrario*, que si le principe de précaution avait été applicable à la situation, c'est-à-dire s'il y avait eu incertitude scientifique et dommages graves et irréversibles, l'auteur du forage aurait pu être condamné au regard de son manquement. Cette décision est intéressante car elle montre

[45] E. Bouchet-Le Mappian, « Le principe de précaution dans un litige entre voisins », *D*. 2010, p. 2419 ; Cass civ 3e, 3 mars 2010, (2010) *Bull civ* III, n° 08-19.108.
[46] Cass civ 3e, 3 mars 2010, (2010) *Bull civ* III, n° 08-19.108.

que le juge peut sanctionner l'inapplication du principe de précaution au regard des conditions prescrites par le législateur.

31. Par ailleurs, selon certains auteurs, le juge est venu reconnaître le principe de précaution par le biais de l'obligation de vigilance en matière de produits médicamenteux. A l'occasion de deux arrêts du 7 mars 2006[47], la Cour de cassation a rejeté les pourvois des laboratoires reprochant aux juges du fond de les avoir condamnés pour des faits antérieurs à 1971, période à laquelle les effets négatifs du distilbène n'étaient pas connus. La Cour de cassation laisse entendre que l'obligation de vigilance doit avoir lieu dans un contexte d'incertitude scientifique. On pense aussi, concernant toujours cette obligation, à une décision du Conseil Constitutionnel du 8 avril 2011[48]. A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation posant la règle de la préoccupation ou l'antériorité, le Conseil a admis la constitutionnalité de ce texte au regard des articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement au motif que « le voisin victime de nuisances excessives causées par une activité préexistante a la possibilité d'agir en responsabilité sur le fondement des articles 1 et 2 de la Charte dont il résulte que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »[49]. Cette obligation de vigilance ne se limiterait pas ici au contexte de certitude scientifique.

32. Toutefois, si la faute de précaution constitue une trace du principe de précaution en droit français de la responsabilité civile, il convient de préciser que le lien de causalité y reste hermétique. Comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2011[50]: « *Ayant énoncé à bon droit que la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon*

[47] V. les deux espèces, Cass civ 1re, 7 mars 2006, Bull civ 131, n° 143; Cass civ 1re, 7 mars 2006, Bull civ 130 n° 142. V. les observations de G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées » D. 2007, p. 1542 ; Olivier Gout, « Les avancées discrètes du principe de précaution », *Resp civ et assur* 2007, p. 11.
[48] Annotation de F.G. Trébulle, *RDI* 2011, p. 369.
[49] Comme le rappelle aussi G. Viney, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », préc. p. 560.
[50] M. Mekki, « Droit de la responsabilité civile », *Gaz Pal*. 2011 (279) 13 ; M. Boutonnet, « Les présomptions: un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité », *D.* 2011, p. 2089 ; Ph. Brun et O. Gout, *Responsabilité civile*, 2012, p. 47 ; P. Jourdain, « Principe de précaution et causalité: quelle incidence du premier sur la seconde? », *RTD civ.* 2011, p. 450.

lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en a exactement déduit que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises »[51]. Cette décision est importante car elle montre que le principe de précaution ne permet pas d'échapper au droit commun de la preuve. Il ne conduit aucunement à un renversement de la charge de la preuve du lien de causalité, celui-ci devant être prouvé selon les conditions de droit commun. Si une place peut être faite à l'incertitude scientifique dans ce domaine, encore faut-il que la preuve du lien causal réponde aux exigences légales des présomptions de faits. On en retient que, favorable à la reconnaissance d'une faute pour manquement au principe de précaution, le droit français n'est pas encore suffisamment malléable pour assouplir l'exigence de preuve du lien de causalité en cas d'incertitude scientifique.

33. Droits étrangers - Qu'en est-il des différents droits étudiés ? Ils montrent à leur tour, et de manière encore plus stricte, combien le principe de précaution ne peut avoir *a priori* qu'une faible portée en droit de la responsabilité civile dans sa fonction de réparation des dommages, sauf à admettre des évolutions importantes. Au vu des contributions présentées – sachant que certains droits ne s'intéressent véritablement au principe de précaution que lorsqu'il s'agit de prévenir les dommages, à l'instar du droit argentin-, les obstacles sont variés. S'ils ne concernent pas la preuve de la faute, qui dans certains pays s'avère le seul fait générateur applicable en cas de contentieux, ils ont trait à la causalité ou au risque de développement, ou encore au dommage.

[51] Cass civ 3e, 18 mai 2011, (2011) *Bull civ* III, n° 80.

a) Premier obstacle : la faute

34. Au même titre que la doctrine française l'avait fait il y a déjà quelques années[52], les différents participants à ce projet ont examiné l'influence du principe de précaution sur la faute civile dans leur propre droit. Ils en concluent à l'existence de limites liées à l'exigence de prévisibilité et/ou d'utilité sociale du risque.

35. **Difficultés** - En ce sens, concernant la faute, en droit chilien[53], le Code civil contient une disposition générale inspirée du droit français (articles 2314 s. du Code civil). Il pose le principe d'une responsabilité civile personnelle pour fait de négligence. Or, selon le juge et la doctrine, cette négligence invite toute personne à adopter un comportement de bon père de famille en évitant les dommages prévisibles. La prévisibilité se limitant aux dommages scientifiquement connus, elle exclut de fait l'application du principe de précaution dans ce domaine. Ceci explique la solution donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Santiago du 19 novembre 1993 qui, pour accepter de réparer les dommages subis par les salariés travaillant dans des usines avec des matériaux contenant de l'amiante et leur famille inhalant les fibres restées sur les vêtements, a constaté que, bien que l'amiante ne fut interdite au Chili qu'en 2001, les effets nocifs de ce produit étaient connus dès 1968. La prévisibilité du dommage occupe une place essentielle dans le raisonnement du juge et peut expliquer l'absence de place pour la faute de précaution qui implique d'apprécier un comportement face à des dommages soupçonnés et non clairement prévisibles.

---

[52] En premier lieu G. J. Martin, « Précaution et évolution du droit », *D*. 1995, p. 299 ; V. ensuite : Ph. Kourilsky et G. Viney (dir.), Le principe de précaution : Rapport au premier ministre, O. Jacob, 2000 ; A. Guégan, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000, p. 147 ; P. Jourdain, « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA* 2000, n° 239, p. 51 ; D. Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », *RCA* 2001, n° 6, p. 72 ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005 ; M. Hautereau-Boutonnet, L. Khoury, J.-C. Saint-Pau (dir.), L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale – Regards franco-québécois, éd. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2016.

[53] V. la contribution en annexe du Rapport de M. Tapia, « Le principe de précaution au Chili. Le cas des antennes-relais de téléphonie mobile », p. 613 et s.

36. On retrouve cette même exigence en droit anglais lorsqu'il s'agit d'apprécier le principal *tort* destiné à la réparation des dommages : le *tort* de négligence[54]. Le demandeur à l'action en *tort* doit démontrer que le défendeur n'a pas adopté le niveau de diligence qu'on attendrait d'une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, sachant que le juge apprécie ici ce comportement à la lumière de différents paramètres tels que l'importance du risque et des dommages en résultant, le coût des mesures permettant de l'éviter et les difficultés pour les mettre en place. D'où le constat selon lequel le principe de précaution peut difficilement influencer le contenu du *tort of negligence* : le dommage pourrait être évité mais selon des conditions auxquelles les responsables ne pourraient pas répondre. Surtout, il est important de noter que, pour apprécier ce *tort*, le juge anglais prend en compte l'utilité sociale de l'activité, s'appuyant ici sur l'article 1 du *Compensation Act* 2006 qui conduit à légitimer les risques créés par certaines activités ou certains produits lorsqu'ils sont utiles pour la société.

37. Peu étonnant aussi que cette même exigence de prévisibilité se reflète dans le système canadien et québécois de responsabilité civile et de *common law*. La faute s'évalue au regard des connaissances scientifiques existantes à l'époque du fait générant le dommage. Comme le note Lara Khoury[55], « en situation d'incertitude scientifique, il est donc peu probable que l'agent ayant omis de prendre des précautions soit trouvé fautif ».

38. Quant au droit allemand, Jonas Knetsch[56] explique également certaines réticences concernant une possible sanction du non-respect du principe de précaution sur le fondement de la faute. Il faut savoir que le droit allemand privilégie les régimes de responsabilité pour faute, les cas de responsabilités objectives étant très rares. Selon le 6 823 al. 1er BGB « quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte de façon illicite, une atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui, est tenu envers lui de réparer le dommage qui en résulte ». La faute se retrouve dans l'exigence de l'illicéité objective de l'atteinte et son imputabilité subjective. Si dans le premier cas, elle est en principe présumée, dans le second cas, on retrouve la preuve de l'intention ou de

[54] V. la contribution de S. Taylor, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique : rapport sur le droit anglais » , préc.
[55] V. sa contribution en annexe du Rapport, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », p. 650 et s.
[56] V. sa contribution préc., « Le risque « antennes-relais » en droit allemand », p. 449 et s.

la négligence qui pourrait faire défaut en cas d'incertitude scientifique des effets de l'acte à l'origine des dommages visés par le principe de précaution.

39. Ainsi, on en retient la difficile démonstration d'une faute due au non-respect du principe de précaution, en raison de l'imprévisibilité du dommage en cas d'incertitude scientifique ou, pour les droits du *Common Law*, de l'utilité sociale de l'acte qui en est à l'origine.

40. **Évolutions** - Certes, comme en droit français, on peut imaginer que la jurisprudence admette certaines évolutions. C'est ce que montre le droit japonais. Ainsi Taro Nakahara[57] souligne que le juge japonais doit apprécier deux éléments constitutifs de la faute : la prévisibilité du dommage et l'obligation de l'éviter[58]. Or, concernant la prévisibilité, il montre que la jurisprudence est assez sévère à l'égard des producteurs de produits ou activités à l'origine des risques car elle exige une obligation de prévoir les dommages en effectuant des études scientifiques et en suivant l'évolution des risques soupçonnés. L'on retrouve ici l'obligation de vigilance française. Tadashi Otsuka cite en particulier une décision intéressante rendue par la Cour suprême le 15 octobre 2004 qui reproche à l'Etat (rappelons que le droit japonais ne distingue pas le droit de la responsabilité civile du droit de la responsabilité administrative), dans un litige concernant une pollution au mercure et méthyle, de ne pas avoir agi avec plus de prudence en utilisant des techniques disponibles à l'époque du fait générateur. Par ailleurs, l'affaire bien connue de Minamata (là encore une pollution de la mer au mercure) avait déjà permis au juge d'imposer aux opérateurs économiques l'obligation de rechercher et prévoir les conséquences de leur activité en cas également d'incertitude scientifique[59]. Selon lui, il s'agissaitt dès 1973, d'une décision intégrant l'approche de précaution.

41. De même du côté du droit sud africain, plus proche du système de droit continental que de la *Common Law*, Jonas Knetsch explique que, ici, la responsabilité civile nécessite la preuve de cinq

[57] V. sa contribution en annexe du Rapport, « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », p. 781 et s.
[58] L'article 709 du Code civil japonais dispose : « Quiconque a, volontairement ou par faute, porté atteinte au droit ou à l'intérêt juridiquement protégé d'autrui est tenu de réparer le préjudice en résultant ».
[59] Décision citée par Tadashi Otsuka rendue par la Cour suprême le 20 mars 1973.

conditions : un comportement du défendeur (*conduct*), la *wrongfulness* de ce comportement, la *fault* du défendeur, un dommage (*harm*) ainsi qu'un lien de causalité (*causation*). L'auteur rappelle qu'un *wrongful act* est défini comme un comportement qui porte atteinte à un intérêt d'autrui reconnu par la loi d'une manière répréhensible alors que la preuve de la faute se rapproche de l'appréciation de la prévisibilité du dommage et de la possibilité de prendre des mesures pour l'éviter. Or, dans les deux cas, il pourrait y avoir une place pour la prise en compte de l'incertitude scientifique. Concernant, la condition de *wrongfulness*, le juge prend en considération des éléments de politique juridique ou jurisprudentielle pour sanctionner le comportement à l'origine du dommage et, à plusieurs reprises, les juridictions ont fait appel aux normes constitutionnelles et légales. Jonas Knetsch estime alors « qu'il ne paraît dès lors pas inconcevable que les juridictions sud-africaines saisissent cette notion afin de se référer au principe de précaution, tel que consacré au *National Environmental Management Act* ». Quant à la négligence, il semble que les juges ne fassent pas de distinction réelle entre les risques connus et moins incertains. Ici la souplesse de la frontière serait favorable à un accueil du principe de précaution. Toutefois, en admettant que la faute soit prouvée, surgit un second obstacle : la preuve du lien de causalité.

b) Second obstacle : le lien de causalité

42. **Difficultés nuancées** - Le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage en jeu est une condition qui se retrouve dans la plupart des droits étudiés. Or, il est possible que le lien de causalité demeure scientifiquement et juridiquement incertain au moment de la réalisation du dommage environnemental ou sanitaire. Certes, l'ensemble des droits étudiés montre que, malgré l'exigence théorique d'une certitude du lien causal, il existe différentes techniques permettant d'alléger sa preuve.

43.

44. Il en est ainsi en droit brésilien. La loi 7.347 de 1985 relative à l'action civile publique pouvant être exercée notamment dans le domaine de l'environnement prévoit que, dans certains cas, la preuve du lien de causalité peut être inversée. C'est alors au défendeur de démontrer que son activité ne crée pas de risques. Pour que ce renversement ait lieu, il est en particulier nécessaire d'être en présence d'une partie demanderesse « faible ». Or, le principe de précaution a parfois conduit à renforcer la

justification du renversement de la charge de la preuve[60]. De même, on retiendra qu'en droit argentin, la Cour suprême a fait preuve de souplesse quant à la preuve du lien de causalité[61]. Dans une affaire qui concernait l'octroi d'un permis de pêche dans une réserve naturelle, la Cour a confirmé un arrêt ayant déclaré une loi provinciale incompatible avec la protection de l'environnement prévue par la Constitution malgré l'absence de preuve scientifique certaine sur les effets de l'exploitation des ressources en poissons dans la zone en jeu. Le juge affirme alors que le principe de précaution implique que, dans un contexte d'incertitude scientifique, celui qui introduit un risque pour l'environnement doit jouer un rôle plus actif en droit de la preuve.

45. On peut aussi noter que, exceptionnellement, en droit japonais, l'affaire de Minamata a donné lieu à un allègement de la preuve de la causalité ce qui, pour Tadashi Otsuka, reflète l'esprit de principe de précaution bien avant l'heure. Ainsi rappelle-t-il que la Cour de Tokyo le 7 février 1992, face aux difficultés de preuve relative à la contamination des victimes par le mercure, a estimé nécessaire d'alléger la charge de la preuve de la causalité et de se contenter d'une forte possibilité de contamination. Il s'agit ici d'appliquer la théorie de la « *probability conviction* ». Toutefois, les techniques d'allègement de la preuve demeurent souvent insuffisantes à appréhender les situations concernant le principe de précaution. Dans une grande majorité des droits étudiés, comme au Japon, le lien de causalité demeure l'une des difficultés principales dans la mise en œuvre du principe de précaution.

46. Si le droit anglais[62] exige une causalité scientifique comme précondition de la causalité juridique, il présente une certaine flexibilité une fois que le lien est établi de manière générale, à un niveau abstrait. Cependant, la notion de *remoteness of damage* connue également sous le nom de *causation in law* peut être un obstacle à la preuve d'un lien causal dans une situation d'incertitude scientifique. Exigée au titre de différents *torts* (*negligence, private and public nuisances*), la *causation in law* implique que le demandeur démontre que le dommage était une conséquence raisonnablement prévisible de l'acte ou l'omission en cause. Surtout, même si ce caractère intègre les risques peu

[60] V. les exemples cités par C. Oliveira et I. da Silva Barbosa, p. 743 et s.
[61] A. Kemelmajer de Carlucci, « Le principe de précaution en droit argentin : état des lieux », préc.
[62] S. Taylor, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique : rapport sur le droit anglais », préc.

probables, il exige en revanche que le risque soit scientifiquement connu au moment de l'acte. La rareté ne réside pas nécessairement dans l'inconnu.

47. De même du côté canadien et québécois, les tribunaux québécois reprennent la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Lara Khoury explique ici que si le juge fait preuve d'une certaine flexibilité en admettant que la causalité juridique ne nécessite pas une certitude scientifique, en revanche, il exige de se fonder sur les présomptions prévues par l'article 2849 du Code civil, à savoir les présomptions du fait de l'homme. Surtout la Cour suprême estime que « le fait que la théorie de causalité du demandeur soit difficile à prouver ou que les parties aient présenté des théories divergentes n'est pas une base suffisante pour faire exception au test du facteur déterminant[63] ». Le constat serait même plus fort du côté de la responsabilité environnementale. S'il est vrai que le juge peut avoir recours à une présomption de causalité en cas de faute civile résidant dans une contravention à une disposition règlementaire exprimant une règle élémentaire de prudence suivie d'un accident dommageable que cette règlementation avait pour objet de prévenir, il reste dans les faits peu enclin à l'appliquer prétextant notamment de l'absence de règle élémentaire de prudence.

48. Du côté du droit allemand, là encore Jonas Knetsch rappelle les différentes techniques d'assouplissement de la preuve du lien de causalité. Il en est ainsi en particulier des règles de preuve *prima-facie* qui, proche de la preuve par présomptions de l'homme, va permettre au juge d'apprécier la causalité à partir de la typicité des faits. Le juge est alors « confronté à une situation type qui s'est déroulée selon un schéma habituel ». Toutefois, la jurisprudence reste très frileuse à l'égard de ce type de technique et exigeante sur l'appréciation de la typicité. Une trop grande incertitude scientifique pourrait nuire à son application qui, pour l'instant n'a été réservée qu'au contentieux des dommages résultant des injections ou transfusions sanguines. Certes encore, le juge allemand peut admettre le renversement de la charge de la preuve lorsque le défendeur n'a pas respecté les normes environnementales ou sanitaires. Le défendeur doit alors prouver l'absence de lien de causalité. Toutefois, il admet aussi que ce renversement est impossible s'il y a respect des réglementations. D'où la

63 Rollin c. Baker, 174 ACWS (3d) 273.

mise en relation très forte entre la preuve du lien de causalité et le respect des autorisations administratives par le défendeur.

49. Quant au droit japonais, il apparaît moins strict en affirmant d'emblée, par le biais de la Cour suprême, que la causalité juridique ne se confond pas avec la causalité scientifique. Une certaine souplesse ou prise de distance avec la certitude scientifique semble possible. Dans un arrêt du 24 octobre 1975, elle a affirmé que la causalité n'implique pas « une preuve relative aux sciences naturelles qui n'excuse pas le moindre doute mais une preuve d'une haute probabilité concernant l'existence du lien entre un certain fait et un résultat spécifique au regard d'un examen global de toutes les preuves ». La jurisprudence manifeste alors une utilisation des présomptions de fait. Une décision peut être ainsi notée. Un arrêt du 19 avril 2013 rendu par la Cour suprême a reconnu le lien de causalité entre une substance chimique et une maladie en s'appuyant sur les études épidémiologiques démontrant une différence significative entre les fréquences de la maladie au sein d'un groupe de personnes exposées à cette substance et celles qui n'y étaient pas exposées. Ainsi, face à l'incertitude scientifique concernant une activité ou un produit susceptible de provoquer des dommages environnementaux ou sanitaires, le juge pourrait s'appuyer sur des expertises démontrant une disparité entre les populations touchées ou non touchées par cette activité ou ce produit. Reste que d'autres difficultés pourraient apparaître comme la preuve d'un risque de développement.

c) Troisième obstacle : le risque de développement

50. Dans certains droits, le risque de développement comme cause exonératoire de responsabilité civile joue un rôle important. Il permet d'exclure la responsabilité du défendeur lorsque, à l'époque des faits se trouvant à l'origine du dommage, les connaissances scientifiques ne permettaient pas de le prévenir. Or, malgré un certain assouplissement du lien causal favorable à une possible prise en compte de l'incertitude scientifique, le droit japonais admet l'exonération pour risque de développement en droit commun de la responsabilité civile. Ainsi un arrêt récent de la Cour suprême a-t-il exonéré le producteur d'un médicament censé prévenir le risque de cancer du poumon après avoir constaté que l'effet secondaire en jeu n'était pas prévisible lors de la prescription du médicament aux victimes[64]. Sur

[64] Cour suprême, 12 avril 2013, Minshû Vol.67, n°4, p. 899.

ce point, Taro Nakahara note les limites de l'indemnisation dans un but d'utilité sociale[65]. C'est aussi le cas du côté des autres droits, notamment le droit anglais par le biais de la notion de *causation in law* et du droit chilien par le biais de la notion de prévisibilité. D'ailleurs le droit chilien reconnaît officiellement la notion de risque de développement depuis la loi Auge (n° 19.966) en matière de responsabilité médicale des hôpitaux publics qui relève de la responsabilité civile, loi inspirée de la législation espagnole.

d) Quatrième obstacle : les dommages réparables

51. On peut aussi noter que, en envisageant la possible malléabilité de ces dernières notions sous l'influence du principe de précaution, un autre obstacle pourrait surgir lors d'un contentieux relatif à la réparation de dommages importants dans le domaine sanitaire et environnemental malgré l'incertitude scientifique. Il conviendrait de prouver la réalisation d'un dommage. Or, il faut rappeler que certains droits sont moins accueillants que le droit français, notamment en ce qui concerne le préjudice moral. Le droit allemand exige la preuve d'une atteinte à l'un des intérêts juridiquement protégés énumérés par le 6 823 al 1 BGB. Et dans ce cas là, c'est surtout l'atteinte à l'intégrité physique qui pourrait être réparable, le *pretium doloris* ayant peu de place en droit allemand. En ce sens, le préjudice d'anxiété qui a parfois été reconnu dans le contentieux des antennes-relais en raison de l'angoisse résultant de l'impossibilité de garantir l'innocuité de l'antenne-relais n'est pas réparable. Il en est de même dans les différents droits étudiés, le droit japonais exigeant lui aussi la preuve d'une atteinte à un intérêt protégé.

52. Quant au droit anglais, la détermination du dommage réparable est intimement liée au type de *tort* en jeu. Ainsi alors que le préjudice futur ne peut être réparé au titre du *tort* de négligence, le préjudice corporel n'est réparé qu'au titre de ce *tort* et du délit de *public nuisance*. Surtout, comme les autres droits étudiés, le droit anglais refuse de reconnaître le préjudice d'angoisse du fait d'un risque de préjudice futur. Par exemple, une décision rendue par la Chambre des Lords a débouté les demandes de salariés exposés aux poussières d'amiante qui invoquaient un préjudice d'anxiété causée par la peur d'un futur cancer. Cette décision est fondée sur l'absence d'un devoir de diligence pour éviter ce type de mal.

[65] T. Nakahara, « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », préc.

L'on retrouve la même idée en droit de la responsabilité civile québécois puisque « seul un véritable et sérieux risque de dommage qui cause une perte actuelle et certaine peut être indemnisé »[66] et que, du côté de la *common law* canadienne, les dommages d'ordre psychologique sont difficilement indemnisables et doivent être reliés à une maladie psychiatrique.

53. Conclusion - En conclusion, concernant la finalité indemnitaire du principe de précaution, la jurisprudence des droits étrangers paraît peu accueillante. D'une part, de manière générale, le principe de précaution s'avère peu à même d'assouplir l'exigence d'un niveau de certitude scientifique pour prouver la prévisibilité du dommage jouant un rôle dans la détermination de la faute, du lien causal et du fait exonératoire consistant dans le risque de développement. D'autre part, de manière plus particulière, on notera qu'au-delà des difficultés liées à l'incertitude scientifique, certains droits se trouvent plus simplement réfractaires à l'idéologie de l'indemnisation. Les droits anglais comme japonais tiennent compte de l'utilité sociale d'un produit ou d'une activité pendant que le droit allemand restreint fortement la liste des dommages réparables. D'où l'impression que, en étudiant la place que ces droits étrangers réservent à l'indemnisation des préjudices visés par le principe de précaution – dans le domaine environnemental et sanitaire et dans un contexte d'incertitude scientifique-, nous retrouvons l'éternelle question : jusqu'où indemniser ? En creux ici, faut-il indemniser les dommages causés dans un contexte d'incertitude scientifique ? Comment concilier alors la liberté de prendre des risques dans le domaine économique et social et le droit à la réparation des dommages subis ? Quels sont les intérêts à faire primer ? L'intérêt environnemental doit-il ou non l'emporter sur l'intérêt économique et social ? Si le juge français fixe la frontière en exigeant une preuve du lien de causalité suffisamment probable pour être tenue comme certaine[67], d'autres droits trouvent un appui dans la prise en compte des intérêts en jeu et dans la délimitation des préjudices réparables.

---

[66] V. la contribution de L. Khoury, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », préc.

[67] Cass. 3e civ., 18 mai 2011, n° 10-17.645 ; M. Mekki, Droit de la responsabilité civil, 279 *Gaz Pal.* 2012/279, 13 ; M. Boutonnet, « Les présomptions: un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité », *D.* 2011, 2089 ; Ph. Brun et O. Gout, « Responsabilité civile », *D.* 2012, 47 ; P. Jourdain, « Principe de précaution et causalité: quelle incidence du premier sur la seconde? », *RTD civ*. 2011, p. 540.

54. On reprendra alors à notre compte les propos de notre collègue Taro Nakahara qui note que, finalement, comme tous les autres risques d'une grande gravité, lors de leur réalisation, c'est la question de leur réparation par le biais de fonds d'indemnisation qui resurgit[68], à savoir aussi le rôle de l'Etat pour venir au secours des victimes tout en ne freinant pas l'activité économique. S'il est vrai que le droit français connaît une certaine souplesse favorable à l'indemnisation des victimes, certaines limites résidant notamment dans la preuve du lien de causalité reflètent parfaitement ce débat. Cette conclusion n'est pas anodine car, lorsqu'il s'agit de réfléchir à la mise en œuvre préventive du principe de précaution – qui est sa fonction naturelle – les raisons sous-tendant les obstacles, pour une part, se retrouvent.

2- La prévention

Un rappel du droit français (a) s'impose avant de se tourner vers les droits étrangers (b).

a) Rappel du droit français

55. **Débat doctrinal** - L'avènement du principe de précaution en droit français a entraîné un débat doctrinal important quant à sa possible influence sur la fonction préventive du droit de la responsabilité civile[69]. En substance, il s'agissait de savoir s'il ne pourrait pas conduire à une rénovation de la matière en accordant au juge la possibilité d'imposer des mesures de prévention destinées à éviter les dommages visés par le principe de précaution. Certains juges du fond – certes minoritaires - ont été sensibles à ce débat, spécialement dans le contentieux relatif à l'implantation sur le territoire des antennes-relais[70]. Dans ces affaires, les juges étaient confrontés aux demandes de certaines personnes vivant à proximité d'une antenne-relais et estimant que celle-ci était à l'origine de certains dommages sanitaires. Elles demandaient certes réparation, mais aussi (c'est ce qui nous intéresse ici), prévention des dommages au moyen du démantèlement ou de l'interdiction de l'antenne.

---

[68] T. Nakahara, « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », préc.
[69] D. Mazeaud, Responsabilité civile et précaution, RCA 2001, n° 6, p. 72 ; C. Thibierge, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, D. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005. Sur ce rappel v. la contribution de L. Neyret dans le Rapport.
[70] Sur cette analyse, D. Mazeaud, « La responsabilité du fait des ondes », *Mélanges J. L. Baudouin*, éd. Y Blais 2012, p. 871.

56. **Jurisprudence** - La grande majorité des décisions s'appuie sur la théorie des troubles anormaux de voisinage, combinée explicitement ou implicitement avec le principe de précaution. En substance, ces décisions conduisent à un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la théorie du trouble anormal de voisinage, l'impossibilité de garantir l'absence de risque sanitaire étant constitutive de trouble anormal. On retiendra le jugement du Tribunal de grande instance de Grasse du 30 juin 2003 qui justifie le démantèlement de l'antenne au nom d'un « principe de précaution renforcé », jugement confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence le 8 juin 2004[71]. On retiendra aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009[72] confirmant le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre le 18 septembre 2008[73]. Ici, après avoir constaté que les normes définies par le décret du 3 mai 2002 applicables à l'émission des ondes électromagnétiques étaient respectées, le juge estime qu'il subsiste des doutes sur leur impact sur la santé. Il en déduit que l'impossibilité de « se voir garantir une absence de risque sanitaire généré par l'antenne-relais [...] justifie être dans une certaine crainte légitime constitutive d'un trouble ». Il ajoute qu'il est nécessaire de faire cesser et réparer « le préjudice moral résultant de l'angoisse créée et subie par les intimés ».

57. Cette série de décisions est importante car elle montre combien le principe de précaution peut se mouler dans une action préventive classique, bien connue, l'action en cessation du trouble anormal de voisinage. Cette théorie permet fictivement d'échapper à l'obstacle de la certitude scientifique : s'opère le passage du trouble résidant dans le risque certain à celui s'inférant du risque

[71] TGI Grasse, 17 juin 2003, (2003) JurisData 221748 ; S. Kowouvih, Les troubles anormaux de voisinage et les antennes relais de téléphonie mobile: une utilisation inédite du principe de précaution en matière de responsabilité civile, Resp civ et assur 2003/11, p. 7 ; CA Aix en Provence, 8 juin 2004, *D*. 2004, p. 2678 ; Ph. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud, « Responsabilité civile : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 185.

[72] P. Jourdain, « Risque et préjudice (suite): réparation au titre des troubles du voisinage du préjudice généré par la présence d'antennes relais de téléphone mobile », *RTD civ* 2009/ 327 ; M. Boutonnet, « Point de vue », *D*. 2009 Juris 499 ; G. Courtieu, « Proximité d'une antenne relais de téléphonie mobile », *RCA* 2009, Comm 75. Voir aussi Bl. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », *D*. 2009, Pan 2300.

[73] TGI Nanterre, 18 septembre 2008, *D*. 2008, p. 96 (annotation M. Boutonnet); TGI Toulon, 26 mars 2006, *Droit de l'environnement* 2006/ 164 (annotation D Deharbe et E. Hicter).

incertain dans la continuité de la tendance jurisprudentielle française que la doctrine nomme désormais celle du risque préjudiciable[74].

58. Originale, une décision rendue par le TGI de Nevers en date du 22 avril 2010 ne s'appuie pas sur la théorie du trouble anormal de voisinage[75]. En l'espèce, le juge exclut l'application de la théorie du trouble de voisinage qui, selon lui, n'a de sens qu'en cas de risque certain. Il refuse la fiction. Il s'appuie exclusivement sur le principe de précaution comme principe général du droit qui le conduit, après avoir pris acte de la grande incertitude scientifique et de la subsistance du risque en dépit du respect des normes françaises en matière d'émission des ondes, à imposer à l'opérateur, non pas de démanteler l'antenne, mais d'effectuer des recherches supplémentaires sur les risques en jeu et, selon les conclusions, de trouver un emplacement plus adéquat. À cette fin, il prend soin de préciser que les mesures prescrites sont proportionnées et économiquement acceptables.

59. Cette décision très doctrinale est intéressante car elle impose une mesure originale[76] : la recherche d'une solution respectueuse des intérêts des deux parties. Elle tente une conciliation des intérêts : exercer une activité économique sans nuire à autrui. En ce sens, obéissant aux conditions légales du principe de précaution, cette décision dessine ce que pourrait être une action préventive fondée sur le principe de précaution.

60. Toutefois, par six arrêts rendus le 14 mai 2012[77], le Tribunal des conflits a affirmé que les autorités publiques désignées par la loi sont exclusivement compétentes pour « déterminer et contrôler les conditions d'utilisation des fréquences ou bandes de fréquences et les modalités d'implantation des

[74] Selon l'expression de F.-G. Trébulle, Not. note sous 2e civ. 15 mai 2008, Confirmation de l'accueil du risque préjudiciable, *RDI* 2008, p. 488.
[75] TGI Nevers, 22 avril 2010, (2010) n° 10/00180. V. le commentaire de C. Sintez, *Revue responsabilite civile-assurances*, nov. 2010/11, comm. 275.
[76] Sur cette analyse, G. Viney, art. préc., p. 564.
[77] Trib confl, 14 mai 2012, D., p. 1930, commentaire de G. J. Martin et J.-C. Msellati ; Trib confl 14 mai 2012, Rec n° 3846 ; Trib confl 14 mai 2012, Rec n° 3848 ; Trib confl 14 mai 2012, Rec n° 3850 ; Trib confl 14 mai 2012, Rec n° 3852 ; Trib confl 14 mai 2012, Rec n° 3854.

stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire, ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes »[78]. Et le tribunal d'en déduire deux conséquences.

61. Premièrement, l'action portée devant le juge judiciaire, quel qu'en soit le fondement, aux fins d'obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction de l'implantation, l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique régulièrement autorisée et implantée sur une propriété privée ou sur le domaine public, au motif que son fonctionnement serait susceptible de compromettre la santé des personnes vivant dans le voisinage ou de provoquer des brouillages implique, en raison de son objet même, une immixtion dans l'exercice de la police spéciale dévolue aux autorités publiques compétentes en la matière[79]. Secondement, le juge judiciaire est uniquement compétent, sous réserve d'une éventuelle question préjudicielle, pour connaître des litiges opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou à des tiers, d'une part, aux fins d'indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, d'autre part, aux fins de faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière ou à un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables[80].

62. Cette délimitation des compétences décidée par le Tribunal des conflits a été entérinée par la Cour de cassation par deux arrêts du 17 octobre 2012[81] et un arrêt du 19 décembre 2012[82]. On en retient que, désormais, devant le juge judiciaire, la prévention des risques résultant des antennes-relais de téléphonie mobile n'est possible qu'en cas d'irrégularité de l'implantation, de non-conformité aux prescriptions ou lorsque la demande ne concerne ni la santé publique, ni les brouillages préjudiciables.

---

[78] G. J. Martin et J.-C. Msellati, préc. ; A. Van Lang, « La clause générale de répartition des compétences au secours des antennes relais » *AJDA* 2012 Chron 1525, p 1528.
[79] G. J. Martin et J.-C. Msellati, préc.
[80] Ibid.
[81] Cass civ 1re, 17 octobre 2012, *D* 2012, p. 2523, n° 11-19.259; Cass civ 1re, 17 octobre 2012, n° 10-26.854 ; A. Van Lang, « La question de la compétence judiciaire dans le contentieux des antennes-relais : fin ou suite? », *RDI* 2012, Chron 612.
[82] Cass civ 3e, 19 décembre 2012, *D* 2013, p. 91, n° 11-23.566 ; Ph. Malinvaud, « Troubles de voisinage dus aux antennes-relais : où en est-on? », *RDI 2013,* Chron 162.

Autant dire, pour reprendre l'expression de certains auteurs, que cette délimitation « réduit à néant »[83] la possibilité d'obtenir une prévention des dommages par les mesures visées par le Tribunal des conflits, sur le fondement du trouble anormal de voisinage, accompagné ou non du principe de précaution. Qu'on le déplore ou non, le pouvoir accordé à l'Etat dans la gestion de ce type de risques conduit incidemment à lui fermer la porte judiciaire.

Qu'en est-il dans les droits étrangers ?

b) Les droits étrangers

63. Diversité des actions - La question est ici de savoir si, en droit de la responsabilité civile étranger, le principe de précaution exerce une influence sur les techniques préventives et, en particulier, si les différents droits accordent une place à la prévention des dommages incertains. En creux se joue ici le rôle du juge dans la prévention des dommages environnementaux et sanitaires, malgré le fait que l'État contribue à la gestion des risques – comme c'est le cas en général dans le domaine des antennes-relais-. Les réponses se sont révélées plutôt négatives, à l'issue, sur le plan méthodologique, d'une analyse pratique menée par l'équipe sur le contentieux des antennes-relais. Il faut préciser que nous avons fait le choix de ne pas nous limiter à une recherche sur le droit de la responsabilité civile *stricto sensu* car dans certains droits les actions préventives qui ne se rattachent généralement pas à l'action en responsabilité civile peuvent pourtant manifester des pistes de réflexions intéressantes dans ce domaine où les frontières disciplinaires sont étanches. Il est ici possible de distinguer entre les actions préventives qui, du point de vue du droit français, paraissent classiques, de celles qui semblent plus originales.

i) Les actions préventives classiques

64. Action d'urgence - Premièrement, pour certains droits étudiés, s'ils connaissent des actions destinées à prévenir les dommages en dehors du droit de la responsabilité civile, elles restent inefficaces. Du côté chilien[84], comme le rappelle le Professeur Sebastian Rios Labé, il existe une « action

[83] V. sous Trib confl, 14 mai 2012, *D* 2012, p. 1930 (annotation G. J. Martin et J.C. Msellati).
[84] V. les propos de M. Tapia, préc. et l'analyse des actions préventives au Chili effectuée dans ce Rapport en annexe par S. Rios, p. 627.

de dommage potentiel » qui, déjà, est en elle-même très critiquée quant à sa lourdeur et efficacité pour prévenir des dommages certains. L'art. 2333 du Code civil établit une action pouvant être exercée dans le cas où des personnes se voient menacées par un dommage potentiel. La particularité de cette action est d'être fondée sur le fait que, si le dommage, élément central de la mise en œuvre de la responsabilité civile, ne s'est pas produit, en revanche, on sait qu'il existe un risque qu'il se produise. La doctrine chilienne considère qu'il s'agit d'une action spéciale[85] car elle ne prévoit pas d'indemnisation. Pour la doctrine, il ne s'agit pas d'une action en responsabilité. Surtout, cette action exige la certitude de la menace dommage.

65. **Droit de la responsabilité** - Secondement, certains droits étudiés manifestent l'insertion d'une action préventive rattachée au droit de la responsabilité civile par le biais du pouvoir accordé au juge, à savoir celui d'imposer des mesures préventives. On pense ici au droit anglais. Simon Taylor rappelle l'importance de la procédure d'*injunction* – la plus connue étant la forme de la *prohibitory injunction*- qui, applicable au titre de différents *torts* et surtout utilisée sur le fondement du *tort of nuisance*, peut conduire à une cessation d'actes illicites, voire, s'il s'agit d'une *mandatory injunction*, à des mesures de remise en état. Toutefois le juge peut refuser d'ordonner des mesures de prévention, comme la cessation du risque, et accorder des dommages et intérêts lorsqu'il considère que le dommage est mineur et que la prévention est trop sévère au regard de différents éléments. Certes, en dehors de toute illicéité, le *tort of private nuisance* permet d'obtenir des mesures de cessation du préjudice futur mais encore faut-il démontrer la très forte probabilité et l'imminence de ce dommage.

66. Peu étonnant que l'on retrouve cette même idée du côté de la *common law* canadienne. Comme le rappelle Lara Khoury[86], si l'instrument par excellence pour la protection de l'environnement

[85] L'auteur cite : Rodriguez G., Pablo. Responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 1999, p. 284 sqq.; Corral., Hernán, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 2003, p. 355 sqq.; Molinari V.., Aldo. « De la responsabilidad civil al derecho de daños. Tutela preventiva civil » dans MARTINIC G., María Dora, Nuevas tendencias del derecho. Santiago, LexisNexis, 2004, p. 185 sqq.; et Barros B.. Enrique, Tratado de responsabilidad civil extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 2006, p. 874 sqq.

[86] L. Khoury, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », préc.

est le délit de *private nuisance*, la démonstration de l'interférence déraisonnable avec la jouissance paisible de la propriété d'autrui « nécessite de soupeser à la fois la gravité du préjudice et l'utilité de la conduite du défendeur » et exige que ce préjudice ait été raisonnablement prévisible. Surtout, toujours en *common law* canadienne, Lara Khoury[87] précise que « l'injonction est parfois refusée pour des raisons liées à la réconciliation nécessaire entre les intérêts opposés des parties à la base du droit des nuisances. Par exemple, des dommages sont accordés au lieu d'une injonction lorsque cette dernière entraînerait des dépenses importantes pour le défendeur alors que l'inconvénient causé au demandeur est trivial ou insignifiant[88]. On refuse également d'accorder l'injonction pour des motifs d'intérêt public, incluant parfois le bien-être économique[89], tel que lorsque l'activité de l'auteur du trouble a une utilité sociale[90] ».

67. Trouble de voisinage -Troisièmement, certains droits étudiés reconnaissent, comme en droit français, une théorie proche de la théorie du trouble anormal de voisinage. C'est le cas en droit allemand. Comme le rappelle Jonas Knetsch, cette théorie relève du droit des biens. Le 61004 BGB en son alinéa 1 dispose : « S'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble » et « s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir la cessation ». L'intérêt réside ici dans le fait que le juge peut prescrire des mesures de cessation. Toutefois, bénéficiant uniquement aux propriétaires, ce droit d'agir en cessation d'un trouble est limité et peu à même d'accueillir des actions arguant de la cessation d'un risque grave et irréversible incertain: d'une part, le trouble lui-même ne doit pas créer une simple restriction du droit de propriété insignifiante. D'autre part, le trouble doit dépasser un certain seuil. En effet l'alinéa 2 de cette disposition précise que le propriétaire est parfois obligé de supporter le fait litigieux. Ce « devoir de tolérance » -selon la terminologie allemande- tient notamment compte du respect des autorisations administratives et des usages locaux. Surtout, malgré l'importance du trouble, le juge peut refuser toute demande de prévention et privilégier

---

[87] Nous reprenons l'intégralité de ces propos avec les notes de bas de page.

[88] Id., par. 65, citant M. D. Faieta, H. B. KOHN., R. KLIGMAN et J. SWAIGEN, Environmental Harm : Civil Actions and Compensation, Toronto, Butterworths, 1996.

[89] Id., par. 66.

[90] Voir par ex. : Miller c. Jackson, [1977] QB 966 [Miller]: la majorité de la Cour d'appel anglaise refusa d'accorder une injonction, considérant que le terrain de cricket d'où provenait la nuisance répondait à des besoins sociaux de la localité.

ce qu'il appelle une « compensation équitable » lorsqu'il estime que les mesures de cessation ne sont pas économiquement supportables. Autant le devoir de tolérance que l'exigence de caractère significatif et l'appréciation du coût des mesures peuvent représenter d'importants obstacles à la prévention de dommages visés par le principe de précaution. L'incertitude régnant dans ce domaine peut conduire le juge à rejeter l'action au titre de l'absence de preuve du caractère significatif et du devoir de tolérance si le défendeur a respecté certaines autorisations et, *in fine*, refuser la prévention du dommage au regard de son coût.

68. En droit anglais ou plus généralement de la *common law*, le *tort* de *private nuisance* est celui qui se rapproche le plus de la théorie du trouble anormal de voisinage. Il s'agit d'un *tort* visant à faire cesser les troubles qui nuisent à la jouissance d'un terrain. Il ne permet pas d'indemniser les préjudices corporels. Le droit d'action est accordé aux propriétaires, locataires et bénéficiaires d'une servitude. La nuisance se comprend largement et s'étend aux diverses nuisances environnementales. Toutefois, pour apprécier le trouble, le juge prend en compte les intérêts en présence et, en particulier, l'utilité de l'activité à l'origine de la nuisance. Apparaît ici une limite importante : la prise en compte des intérêts collectifs conduisant à légitimer le trouble.

69. Quant au droit italien, la théorie proche de notre théorie du trouble anormal de voisinage est consacrée à l'article 844 du code civil italien aux termes duquel « le propriétaire d'un fonds ne peut empêcher les immiscions de fumées, de chaleur, les exhalations, les bruits, les secousses et autres propagations du même ordre causées par le fonds du voisin, si elles ne dépassent pas la tolérance normale, eu égard également à l'état des lieux ». Sur ce fondement, alors que certains juges ont refusé de prescrire des mesures pour mettre fin aux risques provoqués par certaines activités aux conséquences encore trop méconnues scientifiquement, en revanche, comme le remarque Michele Cespa, il existe une jurisprudence assez ouverte sur ce point, qui n'est pas sans rappeler la tendance jurisprudentielle des juges du fond français dans le domaine des antennes-relais. Plus précisément, certains juges italiens admettent que cette théorie s'applique aussi aux risques de dommages, à condition d'être concrets, actuels et non imaginaires. Dans ce cas, il s'agit d'apprécier le degré de tolérance au regard des droits des propriétaires en termes de santé autant que de bien-être. Il faut remarquer que le principe de précaution a été invoqué dans le contentieux des champs électromagnétiques pour venir au soutien de

l'application de la théorie des cessation d'immiscions. Le juge admet qu'il peut orienter la décision. Surtout, certains juges (Michele Cespa cite ici un jugement du Tribunal de Côme du 23 novembre 2005) affirme que dans la balance des intérêts en présence, le droit à la santé doit l'emporter sur l'intérêt économique. Le souci de préserver les droits des propriétaires par le biais de cette théorie est d'autant plus important que la Cour de cassation italienne a décidé qu' « il n'est pas nécessaire que le dommage se soit produit pour que le titulaire du droit puisse réagir contre la conduite d'autrui, si celle-ci se manifeste sous forme d'actes susceptibles de le produire». Il justifie ainsi la mise en œuvre de mesures préventives[91]. Dans ce cas, les juges du fond se montrent indulgents avec l'incertitude scientifique. Un juge a ainsi affirmé que « l'indétermination majeure et intrinsèque du fait dommageable imputable à l'induction électromagnétique doit influencer la qualification du danger à la santé, et non se traduire par un manque de protection. Elle doit être fondée sur la prévention du risque avec cessation consécutive de l'exposition face à une situation qualifiable de potentiellement nuisible, selon des normes rigoureuses de sécurité, et doit mener à une vérification du lien de cause à effet qui tient compte des limites plus vagues de détermination de l'acte illégal »[92].

ii) Les actions préventives originales

70. **Actions de protection des droits constitutionnels** - Par ailleurs, certains droits étudiés reconnaissent des actions qui, sans avoir initialement pour objectif la cessation des dommages, y contribuent. De manière générale, ces actions sont fondées sur la défense des droits subjectifs ou fondamentaux. Parmi elles, on trouve les différentes actions bien connues en Amérique du sud sous le nom d'action « de protection », « *amparo* » ou « tutela », qui permettent aux intéressés d'agir en justice pour arguer de l'illicéité d'un acte au regard des droits fondamentaux garantis par la Constitution.

71. En Argentine, Aida Kemelmajer[93] souligne ainsi que le principe de précaution a conduit à une évolution des conditions de mise en œuvre de l'action *amparo* destinée à rétablir les droits garantis par la Constitution, en l'occurrence les droits environnementaux. Elle cite une décision rendue par la

[91] C. Cass, 3e chambre civile, 27.07.2000 n° 9893.
[92] Trib. Bologne, Ordonnance du 01/08/2006.
[93] A. Kemelmajer de Carlucci, « Le principe de précaution en droit argentin : état des lieux », p. 819 et s.

Cour suprême le 08 août 2012 qui affirme que ce principe s'oppose à l'exigence d'un dommage concret pour recevoir l'action. Surtout, il est intéressant de retenir que cette action a conduit le juge, à plusieurs reprises, à faire cesser les risques produits par l'installation d'une antenne-relais. Sur ce point, le juge fait fi de l'incertitude scientifique et justifie les décisions mettant fin aux activités au contraire sur le fondement de l'absence de certitude scientifique.

72. Au Chili, comme le rappellent les professeurs Rios et Tapia, l'action de protection est une action constitutionnelle qui a pour but d'éviter la violation de certaines garanties constitutionnelles. Elle est prévue à l'article 20 de la constitution et impose que le requérant invoque une garantie constitutionnelle protégée et prévue dans le catalogue de droits prévus par cet article 20. D'autres conditions procédurales permettent d'encadrer le droit d'agir : il en est ainsi de la preuve d'une privation, perturbation ou menace de droit provenant d'un acte arbitraire ou illégal. Comme le rappelle le Professeur Rios, « L'avantage principal de la procédure d'une action de protection réside dans son manque de formalité (on peut même intenter cette action par téléphone) et dans sa brièveté. Le juge doit tout simplement informer la partie dont l'acte ou l'omission illégale ou arbitraire a été dénoncé par la partie requérante pour rendre sa décision. On peut même, dès le dépôt du recours, demander l'adoption des « ordres de ne pas innover » qui permettent d'adopter des mesures correctives (ou le cas échéant, des mesures préventives ou de précaution) dès le début de la procédure. Dans sa décision, le juge peut prendre toutes les mesures nécessaires pour « rétablir la primauté du droit et protéger dûment la personne concernée », dont, bien entendu, le retrait ou la démolition de constructions ou d'autres biens matériels ».

73. Dans son étude, Mauricio Tapia estime que cette action peut être intéressante dans la mise en œuvre du principe de précaution si l'on considère que celui-ci pointe du doigt certains droits constitutionnels perturbés par une activité. Ceci n'a pas échappé aux plaideurs car c'est sur ce fondement que certaines victimes ont tenté d'obtenir le démantèlement d'antennes-relais. Cette action apparaît alors un remède à l'inefficacité des actions préventives et l'inexistence de la théorie du trouble de voisinage. Toutefois, il nuance ses propos en relevant que demeure une difficulté essentielle : la preuve de l'illégalité de l'activité et de la perturbation ou menace causée – au regard ici de l'incertitude scientifique-. D'où le fait que le juge civil a refusé pour l'instant le démantèlement des antennes lorsque l'activité était respectueuse des autorisations administratives et de la loi et parce qu'il n'y avait aucune

certitude scientifique permettant de prouver la menace. On en retient un contraste avec le droit français qui, au regard de certaines décisions rendues par des juges du fond, a parfois admis que le trouble réside dans l'absence d'innocuité de l'activité et en dépit de sa régularité administrative.

74. En Colombie[94], l'action visant à protéger les droits constitutionnels joue un rôle également dans la prévention des dommages. Il est intéressant de constater que le principe de précaution a justifié la nécessité de rétablir certains droits fondamentaux. Ainsi, à deux reprises, la Cour constitutionnelle a ordonné le déplacement d'une antenne-relais pour garantir le respect des droits des enfants concernant leur santé, tout en admettant que le principe de précaution permettait de relativiser l'exigence de certitude scientifique. Toutefois, il faut bien avouer que la prévention ou cessation des dommages reste très limitée car elle prend en considération la vulnérabilité de certaines personnes.

75. **Action de protection des droits subjectifs** - Quant au Japon, en dehors du droit de la responsabilité civile, la jurisprudence reconnaît les actions en cessation de l'acte dommageable. Deux conditions sont rappelées par Taro Nakahara : « La première se place du point de vue de la victime : une menace au droit subjectif, à savoir droit personnel ou droit de propriété, qui est exigée du fait que la cessation de l'acte dommageable est une mesure permettant de protéger un droit subjectif contre une atteinte actuelle ou future. La seconde condition consiste en l'illicéité de l'atteinte, condition requise de la part de l'auteur du dommage, qui tient globalement compte de la nature de l'acte dommageable telle que sa dangerosité réelle et son but poursuivi ». Ce recours à la préservation et au rétablissement des droits subjectifs pour prescrire des mesures de prévention a, comme le rappelle Tadashi Otsuka, été reconnnu par la Cour suprême dans un arrêt du 7 juillet 1995. Il s'agit pour lui du fondement du droit de l'injonction en droit japonais car, en cas de violation, des mesures préventives peuvent être prescrites. Bien que le droit à l'environnement ne soit pas reconnu parmi ces droits subjectifs, le juge a parfois accepté de faire primer des « intérêts protégés par le droit ». C'est le cas en matière de paysage, la Cour du district de Tokyo ayant admis que, sur le fondement de l'article 709 du Code civil (droit des *torts* ici), cet intérêt soit protégé malgré le fait qu'il ne s'agisse pas d'un droit subjectif.

[94] V. la contribution en annexe du Rapport, de M. I. Troncosco, préc.

76. En revanche, il est important de rappeler que, pour apprécier cette atteinte au droit subjectif et cette illicéité, le juge japonais examine toutes les circonstances et intérêts en présence en intégrant une exigence de tolérance de la part de la victime. Appliqué au principe de précaution, la difficulté réside dans le fait que le juge exige que la menace au droit subjectif soit certaine. Ici se pose de nouveau la question de la preuve de la causalité qui, malgré l'essor en droit japonais de la théorie invitant à l'allègement de la preuve dans le domaine des risques causés par le nucléaire, reste difficile. D'où le fait qu'à l'occasion du contentieux des antennes-relais également présent au Japon, le juge ait refusé le démantèlement des antennes, alors même que certains demandeurs s'appuyaient sur le principe de précaution. Il est intéressant de noter que certains juges du fond n'ont pas hésité à citer la jurisprudence française dans ce domaine pour aussitôt l'écarter. Ainsi, une décision rendue par la Cour d'appel de Fukuoka, le 14 septembre 2009, refuse de démanteler une antenne car les ondes sont respectueuses des standards légaux à respecter. Le même jour, cette même cour précise dans une autre décision que les demandeurs doivent prouver une atteinte à leur santé au regard d'éléments suffisamment importants. C'est à cette condition qu'une injonction sera possible, dès lors que le défendeur ne démontrera pas l'inocuité de son activité.

77. Au terme de ce rappel, on en retient que, malgré des fondements variés et différents, ces solutions provenant des droits étrangers ne sont pas si éloignées de la solution française. Rappelons que, s'il existe des actions préventives en droit français, en référé et sur le fond avec la théorie des troubles anormaux de voisinage, les décisions du Tribunal des conflits dans le domaine des antennes-relais sont venues largement réduire la possible cessation des dommages incertains[95]. Lorsqu'il s'agit d'activités dont les risques sont régulés par les pouvoirs publics, la séparation des pouvoirs conduit à limiter la compétence du pouvoir judiciaire, sauf à prendre en considération -en dehors de l'illégalité- certaines spécificités telle l'hypersensibilité de certaines victimes dans le domaine des ondes électromagnétiques[96].

---

[95] Décisions précitées.

[96] Cass., 1ère civ., 17 oct. 2012, n° 1116, qui reconnaît le bien-fondé de la demande d'indemnisation et de blindage d'un appartement : « que ses demandes avaient pour finalité non pas de contrarier ou de remettre en cause le fonctionnement des antennes relais dont elle ne demandait ni l'interruption d'émission ni le déplacement ou le

78. Or, on retrouve cette même solution dans une grande part des droits étrangers bien qu'elle ne soit pas fondée sur la séparation des pouvoirs. Il ne s'agit pas de limiter la prévention au nom de la primauté du pouvoir étatique et de l'interdiction faite au juge de contredire son pouvoir, mais de la limiter au nom, plus que de l'incertitude, de la pesée des intérêts en présence (susceptible parfois de prendre en considération la spécificité des atteintes personnelles). Cela se retrouve dans l'appréciation du trouble de voisinage et de la menace aux droits constitutionnels ou subjectifs autant que dans l'appréciation de la mise en œuvre des mesures de prévention. Celles-ci peuvent être écartées au profit de mesures de réparation là aussi pour des raisons de primauté des intérêts sur d'autres. Incidemment, certains risques sont légitimés parce que le bénéfice produit par l'activité qui les crée est considéré comme plus important que ses éventuels inconvénients. Si le raisonnement est différent, la solution à laquelle le droit positif parvient est la même.

79. Reste que, selon nous, ce raisonnement, est à même de connaître une évolution favorable à la prévention des dommages incertains lorsqu'ils sont graves dans le domaine environnemental et sanitaire. En effet, plus généralement, pour une part réfractaires à la mise en œuvre du principe de précaution, certaines techniques lui ouvrent aussi des portes.

---

démantèlement mais d'assurer sa protection personnelle et la réparation de son préjudice, a ainsi légalement justifié sa décision ».

Le contentieux des antennes-relais

La recherche s'est appuyée sur l'étude d'un cas pratique relatif aux risques de dommages créés par l'installation des antennes-relais en droits anglais, allemand, chilien, japonais et italien. L'énoncé était le suivant : "Une antenne-relais est installée par une société de téléphonie mobile à proximité d'un quartier résidentiel. Certains habitants vivant dans le voisinage se plaignent des troubles causés par cette installation. Alors que certains invoquent subir des maux de têtes, d'autres s'inquiètent des possibles cancers causés à long terme par les ondes électromagnétiques. Se regroupant en association de riverains, ils demandent au juge la cessation du trouble et des dommages-intérêts pour préjudice moral, notamment d'angoisse". A l'exception du droit argentin et du droit italien, les solutions émanant de la jurisprudence étrangère manifestent le rejet de la cessation du risque de dommages provoqué par les antennes-relais en raison de l'incertitude scientifique et/ou de la légalité et opportunité de l'activité.

- En droit chilien, il existe un certain nombre d'arrêts arguant de l'absence de bien-fondé de l'action pour atteinte aux droits fondamentaux (la santé) pour justifier le rejet de la demande de démantèlement de l'antenne. Dans un arrêt du 13 avril 2010, la Cour suprême a ordonné le démantèlement de l'antenne mais sur le fondement de l'erreur administrative. Surtout, comme en France, une loi de 2012 régit les conditions d'implantation des antennes et conduit ici à faire primer le pouvoir étatique dans la gestion du risque lié aux antennes-relais.
- En droit allemand, la jurisprudence refuse la mise en œuvre de la théorie du trouble anormal de voisinage au nom du respect de la réglementation qui prouve le non-dépassement du seuil de tolérance (existe ici un lien automatique). Cette jurisprudence a récemment été confirmée mais se tarit (OLG Dresden 19 mars 2013).
- En droit anglais, le contentieux est inexistant pour des raisons de coût du procès au regard des chances de succès. Si le voisinage peut fonder son action en particulier sur le *tort of private nuisance*, le résultat est voué à l'échec. Outre qu'il faut démontrer des troubles relatifs à la jouissance du terrain au regard de ce que peuvent en attendre des personnes « raisonnables », le juge doit mettre en balance les coûts des mesures de prévention face aux bénéfices de l'antenne pour la société.
- En droit japonais, il existe un contentieux important dans le domaine des antennes-relais fondé sur l'atteinte au droit de la personnalité, à savoir la santé humaine. Face à la demande de démantèlement des antennes, six juges du fond ont estimé que, au regard des connaissances scientifiques en cours, la menace à la santé n'était pas certaine. Les jugements mentionnent expressément le principe de précaution invoqué par les demandeurs pour le rejeter (Trib. Nobeoka) et certains jugements citent le juge français pour expliquer que la tendance française à la cessation des risques incertains constitutifs de trouble ne peut être importée au Japon (CA Miyazaki, 5 décembre 2014). Ils soulignent l'importance de l'action des pouvoirs publics dans ce domaine, le législateur devant, s'il le faut, permettre au juge d'agir au nom du principe de précaution.-
En droit colombien, le contentieux est intéressant car, venant contredire les juges du fond, la Cour constitutionnelle, sur le fondement de l'action en protection des droits fondamentaux, admet, non seulement le déplacement des antennes-relais, mais aussi la mise en place de mesures de protection (V. les arrêts T-1077/2012 et T-397/2014).

Conclusion: des chemins différents pour arriver à une solution similaire au cas français

B. Le potentiel

80. **Diversité** - Différents éléments techniques présentent un intérêt quand à la mise en œuvre du principe de précaution lors d'une action préventive devant le juge civil. D'abord, on peut noter que tous ces droits admettent le système des présomptions pour pallier le manque de certitude scientifique. La question demeure, au même titre qu'en droit français, de savoir si, à l'avenir, ces systèmes de présomptions ne pourraient pas conduire à appréhender plus fortement l'incertitude scientifique en cas de risques de dommages graves et irréversibles dans le domaine environnemental et sanitaire, qu'ils soient réalisés ou non. C'est ici le système de preuve autant que d'expertise qui est en jeu. Ensuite, concernant les droits reconnaissant les procédures d'injonction ou une théorie proche du trouble anormal de voisinage, l'avenir pourrait donner lieu à une plus grande intégration de la tendance française du risque préjudiciable qui en cas d'incertitude scientifique permet de considérer qu'un trouble réside dans un risque même incertain. Enfin et surtout, concernant l'instrumentalisation civile des droits subjectifs ou fondamentaux, le juge pourrait être sensible à la menace d'atteinte à un droit intégrant l'incertitude scientifique et à la prise en compte des intérêts environnementaux ou sanitaires pour apprécier la menace autant que les mesures préventives à imposer. Dans les deux cas, ce potentiel constaté dans les droits étrangers (1) pourrait enrichir le droit français (2).

1- Le constat en droit étranger

81. Il est intéressant de noter que les droits étrangers contiennent des techniques susceptibles de renforcer la prévention des dommages sur le plan substantiel et processuel.

a) Eléments substantiels

82. Substantiellement, certains droits étrangers montrent deux techniques susceptibles d'offrir une plus grande place à la prévention des dommages malgré leur incertitude scientifique : celle de l'admission d'une atteinte à un droit subjectif ou fondamental malgré l'incertitude scientifique et celle de l'admission de l'atteinte en raison de l'incertitude scientifique.

i) L'atteinte au droit malgré l'incertitude scientifique

83. **Droit sud-africain** - La première voix trouve sa trace dans le droit sud-africain. Comme le note Jonas Knetsch, bien que le droit de la responsabilité civile privilégie les mesures réparatrices, il existe une action en injonction des dommages conditionnée par la preuve d'un risque d'atteinte aux droits subjectifs : l'action *interdict ou interim interdict*[97]. Le demandeur doit certes établir une atteinte à l'un de ses droits subjectifs, mais celle-ci peut, sans être actuelle, être uniquement « *reasonably apprehended* »[98]. Or, selon l'auteur, la souplesse de cette condition pourrait offrir une place à la prescription des mesures de cessation d'une activité dont le risque est incertain[99]. Surtout, concernant ce droit sud-africain, cette preuve de l'atteinte malgré l'incertitude scientifique pourrait être d'autant plus facilitée que la preuve du lien de causalité bénéficie d'une certaine malléabilité sous influence des droits fondamentaux. Il cite une décision de la Cour constitutionnelle[100] dans laquelle les juges ont admis l'existence du lien de causalité sur la base d'un faisceau d'indices, afin de garantir les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Si la décision a été remarquée pour l'influence exercée par le droit constitutionnel sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile, l'auteur estime qu'il n'est pas inconcevable que les juridictions sud-africaines s'appuieront à l'avenir sur cette démarche et déduiront du droit constitutionnel à la protection de l'environnement consacré par la section 24 de la Constitution un assouplissement de la preuve du lien de causalité.

84. **Droit québécois** - La question se pose également en droit québécois. L'article 19.2 de la loi sur la qualité de l'environnement dispose : « Un juge de la Cour supérieure peut accorder une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à l'exercice d'un droit conféré par l'article 19.1 ». Or, l'article 19.1 affirme que « Toute personne

[97] Et de renvoyer à ces références relatives à cette forme d'injonction (court order), cf. l'étude détaillée C. Prest, The Law & Practice of Interdicts, 2005 ainsi que L. Harms, v° Interdict, in : W. Joubert (sous la dir.), The Law of South Africa, 2e éd. 2008, vol. 11, nos 389 et s.

[98] Selon Jonas Knetsch :« On pourrait traduire cette formule par « atteinte raisonnablement redoutée ».

[99] Selon toujours l'auteur : L. Harms, v° Interdict, art. préc., n° 398, note 3 (avec de nombreuses références jurisprudentielles).

[100] L'auteur renvoie à cette reference: Dudley Lee v Minister for Correctional Services [2012] ZACC 30. Sur cette decision, l'auteur se réfère à: A. Fagan, « Causation in the Constitutional Court: Lee v Minister of Correctional Services », Constitutional Court Review 2013, p. 5.

a droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent, dans la mesure prévue par la présente loi, les règlements, les ordonnances, les approbations et les autorisations délivrées en vertu de l'un ou l'autre des articles de la présente loi ainsi que, en matière d'odeurs inhérentes aux activités agricoles, dans la mesure prévue par toute norme découlant de l'exercice des pouvoirs prévus au paragraphe 4° du deuxième alinéa de l'article 113 de la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (chapitre A-19.1) ». Le droit à la qualité de l'environnement justifie donc un droit d'action pour obtenir une injonction. La doctrine se demande alors si, dans ce contexte, le droit à la qualité de l'environnement ne pourrait pas intégrer un degré d'incertitude scientifique[101]. Il faut aussi rappeler, selon Lara Khoury, que depuis 2006 la Charte québécoise des droits et libertés de la personne[102] énonce dans sa section sur les droits économiques et sociaux que « Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité »[103]. Certains juges ayant relié cette disposition à la théorie du trouble de voisinage, la doctrine se demande quelle pourrait être ici la place à accorder à l'incertitude scientifique.

ii) L'atteinte au droit en raison de l'incertitude scientifique

85. **Droit japonais** - La deuxième voix se dessine en droit japonais avec l'avènement d'un nouveau droit subjectif protégé par le juge civil par le biais de l'action en cessation des actes dommageables : le droit à la vie paisible. Ce droit a été reconnu et protégé à différentes reprises par des juges du fond. Il faut ici retenir les propos de Taro Nakahara et Tadashi Otsuka. Il cite notamment un arrêt rendu en 1992 par le tribunal de première instance de *Sendai* qui a fait droit à la demande en cessation du service d'un site d'enfouissement des déchets industriels, bien que le risque des dégâts sanitaires des riverains à cause de l'évacuation des eaux sales n'était pas encore scientifiquement établi mais au contraire seulement soupçonné. Selon le tribunal, l'atteinte au droit à la vie paisible résulte de l'absence de confiance des demandeurs concernant la propreté de l'eau potable qui se boit et s'utilise

[101] V. S. Rousseau et D. Gilles, « Le principe de précaution devant les tribunaux québécois : le difficile amarrage de la prise en compte de l'incertitude scientifique à la décision judiciaire en droit de l'environnement », préc.
[102] Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, art. 46.1.
[103] Donnant, selon certains, au droit à un environnement sain une valeur quasi constitutionnelle : Saint Luc-de-Vincennes (Municipalité de) c. Compostage Mauricie inc., 2008 QCCA 235, par. 46; Delage c. Plantons A & P inc., 2013 QCCS 2269, par. 222 [Delage].

quotidiennement. Autrement dit, il n'y a pas de preuve de cette pollution, mais le simple fait que les demandeurs ne soient pas certains de l'absence de pollution est constitutif de l'atteinte. On voit bien comment le droit subjectif intègre l'incertitude scientifique.

86. Ceci n'est pas sans rappeler en droit français le raisonnement suivi par certains juges du fond dans le contentieux des antennes-relais : l'absence de certitude quant à l'innocuité d'une activité constitue un trouble, voire un préjudice d'angoisse… Pour reprendre les termes de Taro Nakahara : « Il est à noter que le recours à la notion du droit à la vie paisible sert à contourner subtilement l'obstacle à l'admission de la cessation de l'acte dommageable. L'incertitude scientifique est soi-même un élément bouleversant la vie paisible ; le droit à la vie paisible étant donc actuellement menacé, il s'agit effectivement d'une menace certaine au droit subjectif ; l'incertitude scientifique est ainsi internalisée dans la notion du droit subjectif »[104].

87. Cette jurisprudence japonaise n'est pas isolée. Taro Nakahara cite deux autres jugements en ce sens. Cependant, la prévention pourrait être malgré tout rejetée au nom des intérêts en présence. Sauf à admettre ici certaines évolutions que laisse présager la jurisprudence.

88. Ici, la pesée des différents intérêts joue un rôle important. Au Japon, le Professeur Katsumi Yoshida[105] a étudié de près la théorie de la cessation de l'illicite. Il souligne que selon la nature du droit en jeu, à savoir qu'il s'agisse d'un droit absolu ou relatif, la sanction sera différente. Alors que l'atteinte à un droit considéré comme absolu, tels les droits réels et les droits de la personnalité, entraîne la cessation de l'illicite, l'atteinte à un droit relatif ne conduit à la cessation de l'illicite que si les intérêts publics ne l'emportent pas sur l'intérêt du demandeur et, à défaut, seuls des dommages-intérêts sont accordés. Or, si le juge japonais considère par exemple que le droit à la santé est absolu, il traite autrement le droit à la vie paisible. En effet, alors que théoriquement ce droit pourrait être rapproché des droits de la personnalité, le juge refuse de lui offrir le régime des droits absolus. Dans un arrêt du 7 juillet 1995, la Cour suprême a débouté la demande de cessation des bruits provoqués par la construction d'une route nationale au regard de l'intérêt social et économique public de la route. Il a préféré accorder

[104] T. Nakahara, « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », préc.
[105] V. sa contribution, en annexe du Rapport, p. 793. V. aussi *RJE* 2015-2, p 238.

des dommages-intérêts. En revanche, le tribunal du district de Kobé le 31 janvier 2000 et le tribunal du district de Nagoya le 27 décembre 2000 ont fait primer le droit à la santé dans une même affaire de circulation de la santé. Et dans ce cas, comme l'affirme le Professeur Yoshida « alors qu'une seule personne a été considérée comme victime, la mesure de cessation bénéficie à toute la collectivité »[106].

89. **Droit à la vie paisible** - Toutefois, outre qu'une partie de la doctrine soutient la reconnaissance du droit à la vie paisible et des injonctions pour le rétablir, elle invite à une pesée des intérêts en présence plus équilibrée et favorable aux intérêts autres qu'économiques[107]. Tadashi Otsuka note que, dans le domaine nucléaire, une décision de la Cour de Fukui a rappelé que l'exploitant nucléaire de Ohi devait prendre des mesures de prévention s'il s'avérait qu'un risque, incluant aussi l'incertitude scientifique relative aux tremblements de terre, était susceptible d'atteindre le droit à la vie paisible[108]. Dans la décision rendue par la Cour du district de Fukui au regard de la centrale nucléaire de Ohi, le juge affirme que l'activité doit cesser s'il y a un risque d'atteinte aux droits de la personne à voir protéger sa vie et sa subsistance. Pour Tadashi Otsuka, il s'agit ici d'une logique de précaution car le juge admet qu'une activité aussi dangereuse doit cesser s'il y a le moindre risque d'accident y compris au sujet des tremblements de terre.

90. En creux, au-delà de l'incertitude scientifique, avec le raisonnement fondé sur les droits fondamentaux, la question reste de savoir quelle place accorder à la protection de l'environnement et de la santé dans la pesée des intérêts. Ici, il est intéressant de noter que, du côté de la *common law* qui elle aussi conduit à la mise en balance des intérêts, Lara Khoury rappelle aussi que certains auteurs plaident pour une rénovation de la prise en compte des intérêts, la protection de l'environnement devant faire partie des intérêts publics conduisant à l'injonction[109]. Par ailleurs, en droit argentin, certains juges invitent, pour suspendre les activités critiquées, sur le fondement du principe de précaution, à remettre en

[106] *RJE* 2015-2, p. 239.
[107] Sur le rappel doctrinal, T. Otsuka, « The handling of scientific uncertainty by judges in civil procedures in Japan », p. 1257 et s.
[108] 21 mai 2014, rappelé par T. Otsuka.
[109] V. sa contribution dans ce Rapport en annexe, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », p. 807 et s.

cause la « légitimité » de l'acte administratif dans le domaine environnemental[110]. Reste à savoir si, sur le plan processuel, les juges peuvent ici prescrire des mesures de prévention.

b) Eléments processuels

91. Existe-t-il des éléments processuels permettant de déjouer l'incompétence du juge en cas d'autorisation administrative ? Si la prévention est accordée, quelles mesures de prévention pourraient être imposées ? Entre la cessation et la réparation ne pourrait-il pas y avoir des mesures plus conciliantes des intérêts ? Cette pesée des intérêts ne permettrait-elle pas aussi de développer un plus grand panel de mesures préventives ?

92. **Compétence du juge civil** - Sur ce point, il faut noter, d'une part, l'originalité du droit italien. Dans une décision du 27 juillet 2000, comme le rappelle Michele Cespa, la Cour de cassation italienne a clairement reconnu la compétence du juge civil pour prescrire de telles mesures malgré l'intervention étatique aux fins de limiter les risques de dommages liés aux antennes-relais. Elle affirme : « le droit de l'individu à ce qu'il soit interdit à ses congénères ainsi qu'à l'administration publique de se comporter de manière à provoquer la pathologie, est intimement lié, sur le fond, à la protection constitutionnelle du droit à la santé, à l'instar de l'introduction dans l'atmosphère de facteurs polluants. C'est pourquoi il appartient au juge ordinaire, dans le cadre de ses pouvoirs (…) de vérifier s'il y a danger pour la conservation de l'état de santé lors de l'exposition au facteur polluant, en vertu des connaissances scientifiques acquises au moment de se prononcer sur la question et eu égard à la situation, bien que cette exposition se situe dans le respect des plafonds fixés par la réglementation de source secondaire en vigueur au moment de la décision ». On en retient que l'importance des droits en jeu et le rôle du juge civil dans la protection doivent l'emporter sur la compétence politique de l'Etat dans ce domaine, d'autant que les données scientifiques relatives au risque peuvent avoir évolué au moment du juge.

93. **Créativité des mesures** - D'autre part, une fois cette compétence admise, on peut noter que d'autres droits nous montrent qu'il est possible d'envisager une créativité dans les mesures

[110] A. Kemelmajer de Carlucci, « Le principe de précaution en droit argentin : état des lieux », p. 819 et s.

préventives à prescrire. On pense ici en particulier à une décision jurisprudentielle citée par la Professeure Aida Kemelmajer en droit argentin qui offre une place aux mesures dites « conservatoires », la Cour suprême considérant d'ailleurs, pour confirmer sa compétence, que le principe de précaution peut justifier la mise en œuvre de mesures conservatoires considérées comme définitives sur le plan processuel[111]. Elle note que si un juge argentin, à l'occasion d'une opinion dissidente, a proposé de prescrire à un exploitant l'obligation de souscrire une meilleure assurance[112], dans le domaine des champs électromagnétiques, un arrêt d'appel de 2010 a ordonné trois mesures originales[113] : d'abord, il a imposé aux entreprises de redoubler d'efforts dans la prévention des préjudices résultant de la pollution électromagnétique. Puis, il a imposé aux deux parties de formaliser un accord destiné à préserver les droits des demandeurs, y compris ceux leur permettant d'accéder à un logement décent localisé dans des lieux acceptés et à un coût venant en déduction de la compensation demandée. Enfin, les entreprises ont été invitées à rendre au tribunal un rapport avec les résultats obtenus. Surtout, il est intéressant de noter que, dans cette affaire, contrairement à d'autres cas ayant imposé la cessation des activités, le champ électromagnétique était déjà en activité. Le juge a alors considéré qu'il ne pouvait imposer une mesure d'arrêt au regard des intérêts publics qu'il procurait mais qu'il pouvait prescrire un autre type de mesures protectrices également des droits des demandeurs. C'est donc ici la conciliation des intérêts qui est visée lors des effets de la responsabilité.

94. **Pesée des intérêts** - On notera aussi une décision intéressante relatée par Tadashi Otsuka en droit japonais. La Cour d'appel d'Osaka, le 25 janvier 2011, a débouté les demandeurs d'une action visant à obtenir des mesures d'injonction pour faire cesser la pollution provenant d'une installation industrielle. Si, d'un côté, le juge affirme que l'incertitude scientifique concernant l'exposition aux polluants ne permet pas en soi de justifier une injonction, d'un autre côté, elle justifie sa décision au regard du fait que l'Etat -en l'espèce le défendeur- poursuivait des recherches scientifiques pour identifier les effets des différentes substances chimiques. L'exonération a lieu uniquement parce que l'Etat fait preuve de prudence en menant des recherches scientifiques. Même si la solution peut être

[111] V. A. Kemelmajer de Carlucci, « Le principe de précaution en droit argentin : état des lieux », préc.
[112] Sur ce rappel A. Kemelmajer de Carlucci, préc. V. 13/7/2004, « Asociación de superficiarios de la Patagonia c/YPF".
[113] Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud, 28/9/2010.

critiquable quant au sort des éventuelles victimes, elle laisse entrevoir des mesures de prévention intéressantes : imposer de poursuivre des recherches scientifiques et en rendre compte au juge…

95. Enfin, du côté du droit colombien, Maria Isabel Troncosco cite des décisions rendues par la Cour constitutionnelle qui ont ordonné la mise en œuvre de mesures de prudence comme celle de rechercher la distance adaptée entre l'antenne-relais et les habitations et cela, malgré le respect de la loi dans ce domaine.

96. Au regard de ces droits étrangers, on en retient que si l'appréciation des intérêts en présence peut avoir lieu lors de l'examen de la preuve de l'atteinte à un droit subjectif, elle peut aussi se formaliser par le biais des mesures à prescrire : au lieu de faire cesser une activité qui serait contraire au droit (s'agissant de la balance des intérêts ou de l'autorisation administrative), il s'agit de conditionner son exercice à l'exécution de différentes mesures plus nuancées. Si la décision argentine met en évidence l'appel à une prévention alternative par la contractualisation de certaines obligations obtenues par une sorte de médiation environnementale, l'on pense à d'autres types de mesures préventives à prescrire, telle la transmission régulière d'informations environnementales et sanitaires suivant l'évolution du risque et menant éventuellement à une évolution des mesures pour y remédier. L'idée est d'autant plus intéressante qu'elle est parfaitement en adéquation avec le sens du principe de précaution prescrivant des mesures proportionnées et provisoires, soucieuses de l'acceptabilité sociale du risque.

97. Reliées au droit français, ces techniques issues des droits étrangers sont intéressantes et peuvent être vues comme une source d'enrichissement dans le débat français.

2- L'enrichissement en droit français

98. D'emblée, les solutions étudiées pourraient permettre cette même évolution autant substantielle que processuelle en droit français de la responsabilité civile.

99. **Droit à l'environnement** - D'une part, le droit à la vie paisible n'est pas sans rappeler le

droit à vivre dans un environnement sain reconnu par l'article 1er de la Charte de l'environnement[114] et indirectement protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement du droit à la vie (article 2 CEDH) ou du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile (art. 8 CEDH). La nécessité pour l'État de prendre des mesures aptes à protéger la jouissance d'un droit à l'environnement sain doit parfois le conduire à faire primer les intérêts sanitaires et environnementaux sur les intérêts économiques[115]. En opérant un raisonnement fondé sur la protection des droits fondamentaux et/ou subjectifs, le juge civil français pourrait renforcer la prévention de certains dommages malgré le contexte d'incertitude scientifique. Surtout, il permettrait de qualifier comme illégale une situation pourtant autorisée par l'État.

100. Mesures - D'autre part, s'il est vrai que le juge français peut imposer des mesures de réparation en nature et de cessation du trouble en référé et au fond, sous l'influence du principe de précaution, il serait plus adéquate d'adapter les mesures de prévention en prenant en considération les intérêts environnementaux et non uniquement les intérêts économiques et sociaux. Comme Soraya Amrani-Mekki l'explique dans la recherche, les mesures préventives imposées par le juge sont en droit français variées et oscillent entre les mesures anticipatoires et conservatoires[116]. Rien n'empêcherait de les renouveler et, sous l'influence du principe de précaution, d'admettre qu'il puisse donner lieu à des obligations de conservation, d'information ou de recherche d'informations. Selon l'auteur « il est même possible d'envisager une mesure de médiation en indiquant un cap et en laissant les parties libres de décider des modalités, le juge n'intervenant qu'à titre subsidiaire pour combler une lacune. On pourrait ainsi s'inspirer du rapport Pécaut-Rivolier sur les actions collectives en matière de discrimination qui préconise une action en déclaration de responsabilité qui aurait pour objet de demander à l'employeur de rendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux discriminations. Il devra ainsi agir positivement et ce n'est qu'en cas de lacune que chaque salarié pourrait justifier du jugement pour demander réparation ».

[114] Art 1 : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».
[115] Sur ce rappel, J.-P. Marguénaud, J.P. Marguénaud, Les droits fondamentaux liés à l'environnement, *in* L'efficacité du droit de l'environnement, O. Boskovic (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 83.
[116] V. sa contribution en annexe du Rapport,, p. 151 et s.

101. Surtout, à bien y regarder, importées en droit français, ces solutions pourraient servir de levier à la remise en cause de la jurisprudence du Tribunal des conflits et de la Cour de la cassation qui limite le rôle du juge judiciaire en matière de prévention des dommages susceptibles d'être causés par une activité dont les risques sont contrôlés par l'Etat. En premier lieu, un raisonnement fondé sur les droits subjectifs permettrait de mettre davantage en balance des intérêts privés et publics. Au lieu de légitimer toute activité au nom d'une autorisation étatique respectueuse du principe de précaution, il s'agirait de vérifier si, en l'espèce, les risques invoqués par des personnes privées doivent mériter plus d'attention que les bénéfices offerts à la société. En ce sens, la prise en compte du non-respect du droit à vivre dans un environnement sain pourrait permettre au juge civil de retrouver sa compétence dans le contentieux des antennes-relais. L'implantation d'une antenne-relais ou de toute autre activité gérée par l'État pourrait être remise en cause en cas d'illégalité pour non-respect des droits fondamentaux. En second lieu, la mise en évidence de la diversité des mesures préventives permettrait de contourner la solution du Tribunal des conflits, qui, en substance, interdit les mesures les plus draconniennes, celles contredisant l'autorité étatique. Le juge civil pourrait alors prescrire d'autres types de mesures plus conciliantes des intérêts en présence comme celles imposant de délivrer certaines informations, d'effectuer une médiation, de conclure un contrat prévoyant certaines obligations favorables à la gestion des risques en ce qui concerne la protection de la santé, du voisinage et plus largement de l'environnement.

102. En définitive, ces techniques étrangères pourraient même conduire à une application du principe de précaution plus respectueuse de son sens. Ce principe ne prône aucunement l'inaction et l'interdiction. Il s'agit davantage d'examiner les intérêts en présence et de tenir compte de l'acceptabilité sociale du risque, à savoir le droit de ne pas le subir sans le connaître et sans l'avoir au préalable accepté. Estelle Brosset[117] rappelle combien, du côté du droit de l'Union européenne, la Commission et surtout le juge ont fait de l'appréciation de l'acceptabilité du risque une des conditions de mise en œuvre du principe. Selon elle, « l'évaluation scientifique n'a pas pour fonction de fonder un recours quasi-automatique à une mesure de précaution, mais uniquement de fournir une information aux autorités

[117] V. sa contribution, « Regards sur le principe de précaution en droit de l'Union européenne », p. 433 et s.

politiques qui peuvent alors décider librement quels sont les risques qui leur semblent acceptables et qu'elles acceptent de courir et ceux qui sont inacceptables et doivent faire l'objet d'une mesure de précaution ». Et d'ajouter que, sous cet angle, c'est « *in fine* souvent un jugement de valeur qui va fonder le recours à la mesure de précaution ».

103. Ici, le rôle du juge de la responsabilité civile et pénale nous semble d'ailleurs essentiel. Comme le rappelle Mustapha Mekki dans cette recherche[118], dans ce domaine où règnent incertitude scientifique et conflit autour du risque, l'accès au juge est primordial[119]. Il faut rappeler que, selon des théories de sociologie du droit assez hétérogènes, le juge est aussi « l'organe vivant de la société »[120]. Il est un intermédiaire entre l'Etat et la société[121]. Or, appliqué au domaine environnemental et sanitaire soumis à l'incertitude scientifique, cela signifie que le juge devrait jouer un rôle dans l'appréciation de l'acceptabilité du risque en procédant à une pesée des intérêts en présence. Cela est d'autant plus vrai que le rôle du procès a évolué. Il devient le lieu d'une démocratie contentieuse[122]. Face aux carences du débat social dans les dispositifs classiques mis en œuvre par les pouvoirs publics, le procès devient un moyen de remettre en cause la légitimité politique de certaines décisions.

104. Contre toute attente, nous pouvons alors conclure que, derrière les limites de l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile ici et ailleurs, se cachent des techniques susceptibles de contribuer à sa mise en œuvre pour prévenir certains dommages. La pesée et, *in fine*, la conciliation des intérêts publics et privés, le recours aux droits subjectifs et la diversification des mesures préventives manifestent une terre d'accueil à creuser pour que s'épanouisse sa finalité préventive.

[118] V. ses deux contributions, p. 107 et s. et p. 196 et s.
[119] Sur ce rappel, M. Mekki, « La ou les légitimité(s) du ou des juge(s) et le principe de précaution », p. 196 et s.
[120] V. la contribution de M. Mekki en annexe de ce Rapport, p. 131 et s.
[121] Selon les propos de François Ost cité par M. Mekki, p. 196 et s.
[122] Idem.

II – L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité pénale comparé

105. Législateur et juge. - Bien qu'il soit connu en droit de l'environnement dans tous les systèmes juridiques étudiés, le principe de précaution apparaît comme un sujet d'étonnement pour la doctrine pénale française et étrangère et n'a fait l'objet d'aucune consécration significative par le législateur ou la jurisprudence pénale. L'analyse reste donc interprétative et prospective en deux sens. Une première question concerne le **législateur** et interroge sur l'aptitude du principe de précaution à orienter **l'élaboration de la norme pénale (A)** ; une seconde question concerne le **juge** et vise la capacité du principe de précaution à guider **l'interprétation des infractions pénales (B)**. En d'autres termes, le principe de précaution peut-il fonder une politique pénale et une condamnation pénale ?

A. Le principe de précaution et l'élaboration de la norme pénale

106. Pouvoir et devoir de punir. - L'aptitude du principe de précaution à orienter la politique pénale est à la fois rétrospective et prospective. En observant l'apparition d'une législation de précaution, il peut être conclu *a posteriori* que le principe de précaution *explique* cette évolution politique. Mais au-delà de cette constatation, se pose plus fondamentalement la question de l'aptitude du principe de précaution à *contraindre* le législateur à l'élaboration de normes pénales sanctionnant la prise d'un risque incertain. En d'autres termes, il convient d'envisager le *pouvoir* et le *devoir* de punir sur le fondement du principe de précaution.

1. La législation pénale consacrant une logique de précaution (pouvoir de punir)

107. Manifestation et contestation de la logique de précaution. - Le droit pénal admet de sanctionner des atteintes potentielles à un intérêt en fixant le seuil de la répression en amont du dommage. On peut donc d'abord observer une manifestation de la logique de précaution dans les différents droits étrangers. Mais l'analyse de cette évolution fait l'objet d'une large contestation doctrinale qui porte le débat sous l'angle de la conformité des délits de précaution aux droits et libertés fondamentaux.

a) Les manifestations de la logique de précaution

108. Délits spéciaux et généraux. - S'il est possible d'évoquer plusieurs législations pénales inspirées par une logique de précaution, il convient d'observer, à titre liminaire, qu'il est extrêmement rare que le principe de précaution fonde véritablement une qualification pénale. L'assertion se vérifie tant à l'examen des délits spéciaux que d'un éventuel délit général

i) Les délits spéciaux inspirés d'une logique de précaution

109. France. - Infractions obstacles. En France, certaines infractions sanctionnent des comportements dangereux afin de faire obstacle à la réalisation de dommages à l'homme ou l'environnement : il s'agit des infractions obstacles de précaution dont le droit de l'environnement donne quelques exemples (C. env., art. L. 563-3 sanctionnant l'exploitation d'OGM sans agrément). Ces délits sont fondés sur un risque dont la réalisation est incertaine, mais dont l'existence est attestée par un débat scientifique.

110. Canada. – Prohibition des rejets de contaminants à risque. - Au Canada, et selon le rapport substantiel de Paule Halley[123], le droit pénal de l'environnement ne compte pas d'infraction de précaution au sens strict. Toutefois, plusieurs législations fédérales ou provinciales sanctionnent de manière générale la création d'un risque d'atteinte à l'environnement, plutôt que la réalisation d'un dommage. Alors que certaines lois prévoient des sanctions en cas de dépassement de seuil d'émission ou de rejet de produits polluants, le législateur canadien juge en outre préférable d'un point de vue de politique d'intérêt public de formuler les dispositions prohibant la pollution en termes généraux. Par exemple, depuis 1972, l'article 20 de la loi sur la qualité de l'environnement (LQE) prohibe les rejets non réglementés de contaminants lorsqu'ils sont « susceptible[s]de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement

[123] Paule Halley, en annexe du Rapport, « La prévention des risques incertains en droit pénal canadien de l'environnement », p. 731et s. Cf. M. Hautereau-Boutonnet, L. Khoury, J.-Ch. Saint-Pau, *L'influence du principe précaution en droit de la responsabilité civile et pénale*, Editions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 2015, p. 171.

préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens »[124]. Ces différentes prohibitions de rejets non réglementés de contaminants sont rédigées en employant les termes « susceptibles de porter atteinte » ou « peut causer une atteinte ». Ces termes sont significatifs car ils ne font pas de distinction entre les risques avérés et les risques potentiels. Les sanctions peuvent s'appliquer lorsqu'il existe un risque même incertain qu'une activité, un procédé ou un produit utilisé soit la source ou la cause d'un rejet de contaminant. La Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure estiment que l'article 20 LQE « permet certainement de considérer le principe de précaution »[125] et que « le principe demeure donc en toile de fond et doit être considéré dans l'étude de la prohibition »[126].

111. Infractions pénales et infractions administratives. - En Italie, le principe de précaution est considéré comme « un principe inspirateur de la discipline de l'environnement »[127] puisque le code de l'environnement en fait explicitement mention, avec toutefois une distinction entre des infractions pénales et des infractions administratives. Depuis le 28 mai 2015, le législateur a introduit dans le code pénal un Titre spécifique, le VI bis (I 28/2015), Délits contre l'environnement (articles de 452 bis à 452 tredecies) où l'on trouve des infractions supposant une atteinte, et ainsi étrangères à la précaution d'un risque. Il en est ainsi de la Pollution environnementale (art. 452 bis) qui vise une « une compromission ou une dégradation considérables ou mesurables » d'un bien de l'environnement. De même, le délit de Désastre environnemental vise « l'altération irréversible de l'écosystème » ou « l'atteinte à la sécurité publique ». En revanche, la logique de précaution s'exprime clairement dans les infractions administratives entremêlées avec des contraventions pénales qui sanctionnent des dépassements de seuils en matières des champs électromagnétiques ou le non respect de réglementation sur la sécurité au travail, ou encore la culture d'OGM, indépendamment de l'effective présence d'un risque.

[124] Voir d'autres exemples dans le rapport de Paule Halley.
[125] Courses automobiles Mont-Tremblant inc. C. Iredale, 2011 QCCA 1082 (CanLII), par 20.
[126] Centre québécois du droit de l'environnement c. Oléoduc Energie Est Itée, 2014, QCCS 4398, par. 26 et 100.
[127] Maria-Valeria Del Tufo, « Le principe de précaution en Italie », en annexe du Rapport, p. 367 et s. - *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, vol. 6, Cujas, 2016.

112. Infractions de danger abstrait. - Plusieurs pays (Espagne, Brésil, Chili) connaissent des infractions de danger abstrait distinctes des infractions de dangers concrets[128]. Alors que pour ces dernières, la constitution de l'infraction suppose la constatation effective d'un danger pour une personne déterminée, les infractions de danger abstrait sont consommées par la réalisation du seul comportement incriminé, à charge éventuellement pour l'accusé de prouver qu'il n'a pas créé de danger. Il existe ainsi une présomption légale de danger, parfois absolue, fondée sur l'expérience sociale et scientifique. Ainsi, l'article 41 de la loi Chilienne n° 18.302 sur la sécurité nucléaire dispose que « quiconque attaque, endommage ou sabote des installations, usines, centres, laboratoires ou établissements nucléaires encourt une peine de réclusion criminelle à perpétuité ». Un autre exemple de délit de danger abstrait se retrouve dans l'article 291 du code pénal chilien qui dispose : « Quiconque propage indûment des organismes, produits, éléments ou agents chimiques, viraux, bactériologiques, radioactifs ou de tout autre type qui par leur nature sont susceptibles de mettre en danger la santé animale ou végétale, ou l'approvisionnement de la population, sera puni d'une peine d'emprisonnement maximale ». Ces infractions ne reposent pas sur un risque incertain, mais sur un risque dont la probabilité scientifique est suffisamment prouvée pour justifier la sanction pénale. Dès lors, elles ne manifestent pas réellement l'expression du principe de précaution. Ainsi selon le professeur Christian Jäeger, le respect de la réglementation applicable à l'amiante sanctionné par le code pénal allemand (§323) ne consacre pas le principe de précaution, mais repose sur l'observation désormais reconnue que l'exposition de la population à l'amiante constitue un danger pour la population[129].

113. Atteinte à l'environnement et risque incertain pour l'homme. – Droit chinois. - C'est la même idée qui anime le droit chinois lorsqu'il incrimine plusieurs comportements de mise en danger de la santé publique. L'article 330 du code pénal chinois incrimine celui qui, par la violation des prévisions de la loi relatives à la prévention et au traitement des maladies contagieuses, aura causé la propagation d'une maladie contagieuse ou un risque grave de propagation d'une telle maladie. La

[128] Gonzalo Quintero-Olivares, « Le principe de précaution et sa difficile intégration au droit pénal », p. 623 et s.. Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, vol. 6, Cujas, 2016. – Carlos Japiassu, « Le principe de précaution en droit pénal brésilien » ; p. 779 et s. – Gonzalo Medina, « Le principe de précaution et son exploitation en droit pénal chilien », p. 979 et s.

[129] Ch. Jaeger, « Le principe de précaution comme maxime d'action en droit de l'environnement et de la santé ainsi que ses répercussions sur le droit pénal allemand », p. 491 et s.

constatation d'un risque certain, fondé sur l'expérience, irrigue la qualification. En revanche, selon l'analyse du professeur Romain Ollard, le principe de précaution, trouve une illustration indirecte dans des infractions de mise en danger dans le domaine de l'environnement (C. pén., section 6, art. 338 s.) qui vise conjointement une atteinte à l'environnement et une simple potentialité d'atteinte à la santé humaine[130].

114. Pollution éventuellement dommageable. – En Afrique du Sud[131], seules certaines lois spéciales incriminent certains risques particuliers, notamment dans le domaine du droit de l'environnement ou de la santé publique. Ces délits spéciaux de mise en danger offrent ainsi une protection catégorielle à certains objets déterminés, qu'il s'agisse de la santé publique, des terres agricoles, de l'eau, *etc.*, contre certains risques identifiés, tels que les engrais, les médicaments ou la nourriture animale[132]. Ainsi par exemple, le *National Water Act 36 of 1998* incrimine, au sein de sa section 151 le fait de commettre un acte ou une omission qui pollue ou qui pourrait potentiellement polluer (« *which pollutes or is likely to pollute* ») une ressource en eau (i) ou le fait de commettre un acte ou une omission qui affecte ou qui pourrait potentiellement affecter négativement (« *which detrimentally affects or is likely to affect*») une ressource en eau (j) ou encore le fait de ne pas déclarer un barrage qui comporte un risque pour la sécurité (« *fail to register a dam with a safety risk* »). Or, en sanctionnant tant le dommage effectif que le dommage simplement potentiel (« *harmful or potentially harmful* ») et dès lors que le texte ne distingue pas selon la nature du risque, certain ou simplement hypothétique, le professeur Romain Ollard conclut que les textes semblent pouvoir constituer un réceptacle adapté à la sanction de la faute de précaution, le terme même de risque permettant d'englober aussi bien le risque avéré (danger) que le risque simplement potentiel ou hypothétique.

---

[130] R. Ollard et Jonas Knetsch, en annexe du Rapport, « Le principe de précaution en droit chinois. Analyse des responsabilités civile et pénale », p. 765 et s.

[131] R Ollard et Jonas Knetsch, « Le principe de précaution en droit sud-africain. Analyse des responsabilités civile et pénale » p. 825 et s.

[132] Voir par exemple The fertilizers, farm feeds, agricultural remedies Act 36 of 1947 (section 22) ; The dumping at sea control Act 73 of 1980 (Section 2.3) ; The Occupational Health and Safety Act 85 of 1993 (section 37) ; The Water Services Act 108 of 1997 (Section 82.3) ; The National Water Act 36 of 1998 (section 154) ; The national Environment Managment Act 107 of 1998 (NEMA) (section 34, 5 et 6).

ii) Le délit général inspiré d'une logique de précaution

115. Délits de risques causés à autrui. – Dans l'ensemble des pays étudiés, la prise de risque est souvent sanctionnée par des délits spéciaux offrant une protection catégorielle de certaines valeurs telles que la santé, ou des biens environnementaux (air, terre, eau) ou identifiant certains facteurs de risques tels que les engrais, les médicaments ou la nourriture animale. Cette méthode semble distincte du droit français qui sanctionne, par une norme pénale générale, la mise en danger d'autrui[133]. L'article 223-1 du code pénal dispose en effet que « le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou un infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». L'opposition entre les systèmes juridiques est peut-être caricaturale si on observe que la référence dans la norme pénale générale à la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité renvoie nécessairement à une réglementation d'une activité particulière et ainsi à une protection catégorielle.

116. Risque certain. - Quoi qu'il en soit, le délit général de risques causés à autrui constitue le seul exemple d'une sanction d'une prise de risque et il est présenté, par la doctrine environnementaliste française, comme la sanction pénale du principe de précaution[134]. Cette affirmation a pu cependant être démentie au regard de l'analyse technique des éléments constitutifs de l'infraction qui peut être résumée en trois observations[135] : 1) le texte ne sanctionne pas une obligation générale de précaution, mais des obligations particulières de sécurité ou de prudence ; 2) Il ne vise pas tous les risques, mais seulement les risques corporels pour autrui, à l'exclusion des risques pour l'environnement ; 3) L'incrimination suppose un risque immédiat et direct, c'est-à-dire un risque concret pour une victime potentielle, ainsi

[133] Voir les rapports cités ci-dessus de R. Ollard et J. Knetsch, pour le droit chinois et le droit d'Afrique du sud.
[134] M. Prieur, *Droit de l'environnement,* Dalloz 6e éd. 2011, n° 1243. – A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3e éd. 2011, n° 583.
[135] J.-Ch. Saint-Pau, « Les infractions de précaution » : *RPDP* 2015, p. 265 ; également publié in *l'Influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale*, op. cit. p. 105. – « La sanction pénale du principe de précaution par le délit de risques causés à autrui », *Mélanges J.-P. Laborde*, Dalloz, p. 847.

exposée à un danger certain. Bref, la prise d'un risque incertain ne relève pas de la qualification ; seule une modification du texte pourrait l'inscrire dans une logique de précaution[136].

b) La contestation de la logique de précaution

117. Nécessité et prévisibilité des délits de précaution. - Si la logique de précaution est souvent contestée d'un point de vue politique en ce qu'elle constitue un frein au progrès scientifique et industriel, elle peut également faire l'objet d'un débat juridique au regard des droits et libertés fondamentaux et des principes directeurs de la responsabilité pénale. Plus exactement, la contestation peut d'abord porter sur la nécessité et la proportionnalité d'un délit de précaution au regard des droits et libertés fondamentaux. Elle peut ensuite porter sur la prévisibilité de la norme pénale qui est impliquée par le principe de la légalité criminelle.

i) Nécessité et proportionnalité d'un délit de précaution

118. Droits et libertés fondamentaux. - Sanctionnant un comportement qui n'est pas immédiatement préjudiciable, le délit de précaution est-il nécessaire dans une société démocratique, et partant conforme à la Constitution et aux Traités internationaux consacrant les droits et libertés fondamentaux ?

119. Action nuisible à la société. - En France, l'article 5 DDHC précise que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». Or il pourrait être soutenu qu'une infraction de précaution d'un risque scientifiquement incertain ne **sanctionne pas une action nuisible à la société.** Certes, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas directement la nécessité des incriminations estimant qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur[137]. Mais il accepte de contrôler la proportionnalité entre les objectifs de valeur constitutionnelle : « *Considérant qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leurs sont*

[136] Voir la proposition de J.-Ch. Saint-Pau, art. précités ci-dessus.
[137] Cons. Const. 19 et 20 janvier 1981, sécurité et liberté.

applicables ; que, ce faisant, il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés »[138].

120. Crainte raisonnée de préjudice. - Ce contrôle de proportionnalité se retrouve en droit constitutionnel canadien où la justification de la restriction aux droits et libertés doit être fondée sur « une crainte raisonnée de préjudice » alors même qu'il n'existe pas de preuve scientifique[139]. Ainsi dans l'affaire *Butler* concernant la constitutionnalité de la criminalisation de la possession et de la vente de matériel obscène, la Cour écrit : « Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance » [140].

121. Probabilité et possibilité de préjudice. - En Europe, et plus particulièrement en Allemagne, Italie et Espagne, une incrimination pénale n'est conforme aux droits et libertés qu'à la condition qu'elle sanctionne soit une atteinte, soit une mise en danger d'un bien juridique. Cette exigence d'une offense (lésion ou mise en danger) au bien pénalement protégé, qui dérive du vieux principe *nullum crime sine injuria* et se retrouve en droit espagnol (« Ofensividad » ou « lesividad »), Italien (« Offensività ») et en Allemagne (« Rechtsgutsverletzung »), constitue un obstacle à la reconnaissance d'un délit de danger qui ne serait fondé que sur une possibilité d'un préjudice[141]. La pénalisation n'est concevable qu'à partir du moment où l'expérience scientifique et humaine permet d'asseoir une probabilité suffisante qu'un comportement est susceptible de provoquer un résultat nuisible que le législateur, par la répression anticipée, souhaite prévenir. Dans cette perspective, et à propos de la coexistence entre l'agriculture transgénique, conventionnelle et biologique, la Cour constitutionnelle Italienne juge qu'une restriction à l'exercice de la liberté d'initiative économique fondée sur les principes de prévention et de précaution est justifiée dès lors qu'elle est assise sur des vérifications de

[138] Cons. Const., 5 février 2010 - Décision N° 2010-604 DC.
[139] Marie-Pierre Robert et Simon Roy, en annexe du Rapport, « L'esprit du principe de précaution et le droit criminel canadien : de la justification de la criminalisation à l'application du droit positif », p. 713 et s. et in *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale*, *op. cit*. p. 129.
[140] R c. Butler (1992) 1 R.C.S. 452 cité par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, *op. cit.*
[141] Gonzalo Quintero Olivares, rapport précité.

l'état des connaissances scientifiques et des preuves expérimentales acquises au moyen d'institutions et d'organismes nationaux et internationaux[142].

ii) Prévisibilité du délit de précaution

122. Prévisibilité. - L'exigence de prévisibilité de la norme pénale est fondée sur l'article 7 CESDH qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne, impose une qualité de la norme pénale : elle doit être claire et précise afin d'être prévisible. « *Il en va ainsi lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente, et au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* »[143]. De manière encore plus nette, excluant même la précision par l'interprétation, le **Conseil constitutionnel** précise que « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, imposent au législateur d'adopter des mesures suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* »[144].

123. Imprévisibilité de la norme de précaution. - De cette exigence de précision et de clarté, il résulte qu'un texte d'incrimination qui viserait la violation d'une obligation de précaution destinée à juguler un risque incertain ne serait pas conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'Homme. Une personne ne peut répondre de son action, dont les conséquences ne sont pas connues avec une précision scientifique suffisante. Cette conclusion est fermement partagée par la doctrine espagnole : « lorsque l'on décide d'agir malgré le contexte d'incertitude, on viole le principe de précaution et le sujet a décidé de prendre un risque, bien qu'il ne soit pas scientifiquement possible de représenter un résultat. Mais avec ces données uniques, il n'est pas suffisant pour qualifier l'action comme une action dangereuse »[145]. La même conclusion se retrouve dans la doctrine allemande : « en

[142] C. cost. 116/2006, § 6. Voir le rapport de Maria-Valeria Del Tufo, Le principe de précaution en Italie, *op. cit.*
[143] Par ex : CEDH, 30 mars 2004, Radio France / France.
[144] Cons. Const. 29 juill. 2004, déc. n° 2004-500 DC, § 13
[145] Gonzalo Quintero Olivares, rapport préc.

droit allemand, on part du principe qu'un tel déplacement vers l'avant de la protection de la santé, comme motif de sanctions pénales ne peut valoir, car les conditions relevant de l'Etat de droit quant à la prévisibilité de la culpabilité tout comme la qualification de la norme pénale, ne sont pas remplies »[146].

124. Critère de la prévisibilité. – Risque grave et irréversible. - Malgré ces affirmations générales, une norme pénale de précaution peut apparaître conforme au principe de prévisibilité dès lors qu'elle satisfait à deux critères. La précaution ne peut d'abord viser que des risques dont la nature et l'objet sont suffisamment circonscrits. Ces risques sont des *risques graves et irréversibles* pour l'homme ou l'environnement. Ce premier critère se retrouve dans le droit pénal de l'environnement brésilien et Canadien qui appliquent le principe d'insignifiance, c'est-à-dire la maxime *de minimis non curat praetor*. En application de cette règle, **la précaution des risques environnementaux ne peut être envisagée que si le risque est suffisamment grave ou irréversible**. Dans la décision *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, la Cour suprême a écarté le grief d'inconstitutionnalité des interdictions générales de polluer en jugeant qu'en application de la règle *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des bagatelles) les atteintes négligeables ou minimes ne sont pas couvertes par ces dispositions. Le professeur Paule Halley conclut que l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables s'applique à tous les risques d'atteinte à l'environnement qui sont plus que minimes ou négligeables[147]. Au regard de ces éléments, la portée des interdictions de polluer est plus étendue que le principe de précaution qui n'intervient que si le risque est qualifié de grave ou d'irréversible. C'est au regard de ce premier critère qu'une modification législative du délit de risques causés à autrui serait envisageable pour l'étendre à la protection de l'environnement et l'inscrire dans une logique de précaution[148].

125. Seuil de connaissance scientifique. – Si le risque devient précis par sa nature (gravité et irréversibilité) et son objet (l'homme et l'environnement), la prévisibilité de l'incrimination de précaution suppose en outre que le comportement déclaré illicite soit suffisamment précisé en déterminant les actions ou les omissions pénalement punissables, c'est-à-dire les précautions. Cette détermination légale suppose un second critère : **l'existence d'une controverse scientifique ayant**

[146] Christian Jäeger, rapport préc.
[147] P. Halley, « La prévention des risques incertains en droit pénal de l'environnement canadien », *op. cit.*
[148] J.-Ch. Saint-Pau, *art. préc.*

atteint un seuil minimal. La doctrine canadienne rapportée par Paule Halley est particulièrement claire sur ce point : « les auteurs soulignent que le principe trouve son application lorsque le risque d'atteinte à l'environnement repose sur un début de preuve scientifique offrant un degré de sérieux ou de vraisemblance. Ainsi, pour reprendre les mots d'Alexandre Flückiger[149], il paraît difficile d'adopter des mesures de précaution « si la controverse scientifique n'a pas atteint un seuil minimal » ou encore, si les risques potentiels ne reposent que « sur des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique »[150]. En d'autres termes, une incrimination peut sanctionner la prise d'un risque incertain dès lors que les effets éventuellement préjudiciables de cette conduite sont envisagés dans un débat scientifique ne reposant pas sur de simples conjectures. Cette idée se retrouvera dans l'étude ci-dessous de la jurisprudence italienne relative à la responsabilité pénale du chef d'entreprise pour homicide involontaire à la suite d'exposition de travailleurs au chlorure de vinyle monomère (CVM). La Cour de cassation italienne déclare ainsi dans l'affaire de Porto Marghera que le seuil au-delà duquel l'auteur peut prévoir les effets préjudiciables de sa conduite n'est pas celui de la certitude scientifique, mais celui de la probabilité ou même celui de la seule possibilité que ces effets vont se produire (pour autant que telle possibilité se base sur des éléments concrets et pas seulement conjecturaux)[151].

2. Le devoir de sanctionner pénalement le principe de précaution

126. Pouvoir et devoir de punir. - Il a été observé ci-dessus que, dans certains pays, le législateur *peut* sanctionner pénalement le principe de précaution dans le respect des principes directeurs du droit pénal et des droits et libertés fondamentales. Mais ce pouvoir de punir se double-t-il d'un *devoir* de punir[152] ? En d'autres termes, le principe de précaution contraint-il le législateur à l'élaboration d'une norme pénale pour en assurer la protection ? Une telle interrogation peut de prime abord paraître étonnante dès lors que le droit de punir est un attribut de la souveraineté de l'Etat, et plus particulièrement du pouvoir législatif, qui est ainsi compétent pour décider de l'opportunité d'une

[149] Alexandre Flückiger, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », (2003) XLI-128 Revue européenne des sciences sociales 107, 116.
[150] Paule Halley, rapport préc.
[151] Cass. 17 mai mai 2007, n° 885 www.petrolchimico.it. Voir le rapport de Maria-Valeria Del Tufo préc.
[152] F. Rousseau, « Principe de précaution et devoir de punir », p. 333 et s. ; *RPDP* 2015, p. 281 ; *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale*, *op. cit*. p. 149.

sanction pénale. Mais, dans le monde juridique moderne, cette souveraineté s'exprime dans le respect des principes constitutifs de l'Etat de droit qui non seulement peuvent constituer un frein à l'action législative, mais également motiver son action.

127. Devoir supra-législatif de punir. – De là une obligation d'incriminer est envisageable si elle se fonde sur la protection d'un principe, d'un droit ou d'une liberté fondamentale qui sont dotés d'une valeur essentielle ou fondamentale dans une société démocratique. Cette « essentialité » ou « fondamentalité » tient d'abord à l'objet du principe ou du droit qui vise la protection de la vie et de l'environnement contre les atteintes graves et irréversibles. Mais dans un système juridique, la fondamentalité d'un principe ou d'un droit qui justifie sa sanction s'exprime à travers la hiérarchie des normes, en sorte que le devoir législatif de punir doit être recherché dans une norme supralégislative, c'est-à-dire européenne et constitutionnelle.

a) Le devoir européen de sanctionner le principe de précaution

i) Devoir de punir au regard du droit de l'Union européenne

128. Principe du droit de l'UE. - Consacré à l'article 191-2 du TFUE, le principe de précaution est reconnu comme un principe général du droit communautaire. Il est ainsi la source directe d'obligations pour les Etats membres et les institutions européennes, de même qu'un principe d 'interprétation du droit européen. Malgré cette consécration légale et jurisprudentielle, le principe de précaution ne trouve pas d'expression pénale dans l'ordre juridique européen. L'assertion se vérifie en examinant la compétence pénale « autonome » ou « accessoire » de l'Union européenne[153].

129. Compétence pénale autonome. - Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, l'Union européenne dispose d'une compétence en matière pénale. L'article 83.1 du TFUE autorise le Parlement et le Conseil à adopter par voie de directives « des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement graves, revêtant une dimension transfrontalière ». Accordant ainsi un droit de punir au législateur européen, le traité impose

[153] G. Taupiac-Nouvel, « Le principe de précaution : l'arlésienne du droit pénal de l'union européenne », p. 719 et s. ; *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, vol. 6, Cujas, 2016 – F. Rousseau, art. préc.

en miroir un devoir de punir aux Etats. Cette prérogative s'est exercée dans des domaines - traite des êtres humains ou exploitation sexuelle des enfants - complètement étrangers au principe de précaution.

130. Compétence pénale accessoire. - Quant à la compétence pénale accessoire de l'Union européenne, elle est envisagée à l'article 83.2 TFUE selon lequel « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ». Cette compétence accessoire intègre certainement le droit de l'environnement, ainsi que l'avait jugé, avant l'adoption du Traité de Lisbonne la Cour de justice. Toutefois il est observé que ce droit européen n'exprime jamais une infraction de précaution.

131. Principe de précaution sans droit pénal. - D'un côté, plusieurs normes européennes mettent en œuvre le principe de précaution sans droit pénal. Il en est ainsi de la directive OGM du 11 mars 2015 qui déclare que les Etats membres « veillent, conformément au principe de précaution, à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'éviter les effets négatifs sur la santé humaine et l'environnement qui pourraient résulter de la dissémination volontaire ou de la mise sur le marché d'OGM ». Puis, sont envisagées des procédures et des sanctions qui doivent présenter « un caractère effectif, proportionné et dissuasif », mais non nécessairement un caractère pénal. De là, les Etats peuvent préférer opter pour des infractions administratives, estimant comme en Espagne que le droit pénal ne peut prévoir des délits de danger qu'à la condition que la probabilité d'un dommage soit suffisamment avérée[154].

132. Droit pénal sans principe de précaution. - D'un autre côté, des normes européennes envisagent de pénaliser certains comportements attentatoires à la vie et à l'environnement sans évoquer le principe de précaution. Il en est ainsi de la directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement qui incrimine des comportements qui « sont la cause ou seraient susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la

[154] G. Quintero-Olivares, *op. cit.*

qualité du sol ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore » (art. 3). Les Etats membres doivent alors mettre en place « des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives » (art. 5). Le professeur François Rousseau constate que « les différentes incriminations relèvent davantage d'une logique de prévention en raisonnant sur des risques avérés que sur une logique de précaution »[155].

ii) Devoir de punir au regard de la convention européenne des droits de l'Homme

133. Obligation positive d'incriminer. - Consacrant des droits et libertés fondamentaux, la convention européenne des droits l'Homme impose d'abord aux Etats et aux particuliers de les respecter. Mais cette obligation négative se double d'obligations positives dès lors que la protection effective des droits peut imposer aux Etats l'obligation de prendre toute mesure nécessaire pour permettre la jouissance paisible d'un droit fondamental[156]. Et ces mesures peuvent présenter un caractère pénal. De là peut apparaître une obligation positive d'incriminer un comportement attentatoire à un droit ou une liberté consacrés dans la CEDH.

134. Droit à un environnement sain. - L'application de la théorie des obligations positives au principe de précaution suppose d'identifier que ce dernier s'incorpore à un droit ou une liberté. Le siège de cette incorporation se trouve d'abord dans l'article 8 CESDH qui, dans la jurisprudence européenne, implique le droit à un environnement sain. Il est ainsi jugé que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et constituer un obstacle à la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile[157]. Cette obligation positive d'assurer la jouissance de ce droit peut s'étendre au-delà de la prévention des atteintes à la précaution des risques. Initialement réfractaire au principe de précaution[158], la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu l'existence d'obligations positives même en cas de risques potentiels : « *l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour le bien-être et la santé des requérants conférait une obligation à l'Etat d'évaluer les*

[155] F. Rousseau, art. préc.
[156] CEDH 26 mars 1985, X et Y. c/ Pays Bas § 23.
[157] CEDH 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, § 51. – 19 févr. 1998, Guerra c/ Italie, § 60. – 2 nov. 2006, Giacomelli c/ Italie.
[158] CEDH, Gr. Ch. 30 nov. 2004, Öneryildiz c/ Turquie, § 89-90 (risque avéré). – 9 juin 1998, LCB c/ Royaume-Uni, § 36 (danger réel).

risques, au moment de l'autorisation d'exploitation comme après l'accident, et de prendre les mesures appropriées »[159]. Pour autant, et selon le professeur Rousseau, ces obligations positives fondées sur le seul article 8 et le droit à un environnement sain ne sont pas pour l'heure de nature pénale et relèvent davantage de la sphère civile ou administrative[160].

135. Danger pour la vie et l'intégrité des personnes. – Lorsque l'atteinte à l'environnement se double d'un danger pour la vie des personnes, la Cour européenne admet de condamner un Etat qui non seulement n'a pas pris de mesure préventive, mais n'a pas poursuivi effectivement les auteurs[161]. La combinaison des articles 2 et 8 CESDH constitue alors le siège d'une obligation d'incriminer les comportements présentant un risque d'atteinte à l'environnement menaçant la vie humaine et l'intégrité physique des personnes. Toutefois, ce devoir de punir en matière environnementale ne vise que des risques effectifs et avérés. La Cour européenne pourrait cependant s'inscrire dans une logique de précaution lorsqu'elle condamne l'Italie pour ne pas avoir pris de mesures répressives nécessaires pour évaluer et prévenir le risque de commission d'un homicide par un détenu bénéficiant d'une libération anticipée et potentiellement dangereux[162].

b) Devoir constitutionnel de sanctionner le principe de précaution ?

136. Conditions de l'hypothèse. - L'hypothèse d'un devoir constitutionnel de sanctionner le principe de précaution suppose deux conditions. Il convient d'abord de vérifier que le principe de précaution s'intègre à la constitution des différents pays étudiés. Il est ensuite nécessaire de préciser si le contentieux constitutionnel permet effectivement d'imposer ce devoir de punir.

i) Le fondement du devoir constitutionnel de sanctionner le principe de précaution

137. Principe normatif en droit français. - Depuis l'intégration de la Charte de l'environnement dans la Constitution, il ne fait aucun doute que le principe de précaution est doté d'une

[159] CEDH, Tatar c/ Roumanie, 27 janv. 2009, n° 67021/01, § 107.
[160] F. Rousseau, « Principe de précaution et devoir de punir », *op. cit.*
[161] CEDH, 18 juin 2002, Oneryildiz c/ Turquie.
[162] CEDH, 24 oct. 2002, Mastromatteo c/ Italie, req. n° 37703/97.

valeur constitutionnelle, ce que le Conseil constitutionnel a rappelé[163]. Ses destinataires sont d'abord les autorités publiques ; mais il peut être déduit de la jurisprudence constitutionnelle qu'il a vocation à être étendu aux particuliers. Le Conseil constitutionnel juge que « *le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par les art. 1 et 2 de la charte s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes* »[164]. Ce raisonnement peut être étendu à l'article 5 consacrant le principe de précaution qui se présente alors comme un principe impliquant une norme de comportement aux autorités publiques et aux particuliers dont la juridicité est garantie par deux séries de sanctions : l'inconstitutionnalité et la responsabilité.

138. Principe éthique. - La comparaison avec les systèmes juridiques étrangers démontre l'originalité et l'innovativité de la position française. Certains pays ne connaissent pas le principe de précaution qui pourrait entraver la politique industrielle et qui n'est pas encore intégré dans les mentalités. Il en est ainsi du droit chinois où il est certes présent dans le débat public sans toutefois être élevé au rang de principe fondamental de la politique législative, ni à celui d'une règle juridique[165]. Dans la plupart des pays étudiés, le principe de précaution est généralement consacré dans des lois relatives à la protection de l'environnement dans le prolongement de la Déclaration de Rio. Ce phénomène est particulièrement visible dans le droit canadien, fédéral (loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999 visant le principe de prudence) et provinciale (loi sur le développement durable visant expressément la précaution)[166]. Il peut être rattaché à la constitution par l'intermédiaire d'autres concepts, notamment « le développement durable » (Afrique du Sud), « le droit à un environnement écologiquement équilibré » (Bresil), ou par le renvoi de la Constitution aux traités internationaux consacrant le principe de précaution, et notamment le droit de l'Union européenne (Italie, Espagne, Allemagne). Surtout, il se présente comme un guide de l'action administrative qui n'est pas

[163] Cons const. 19 juin 2008, n° 2008-564 DC (OGM). – 11 oct. 2013, n° 2013-346 (Gaz de Schiste).
[164] Cons const. 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC : RD publ. 2013, 197. – Comp. pour l'article 6 de la charte qui n'institue pas un droit une liberté constitutionnelle et ne peut donc être invoquée à elle seule pour fonder une QPC, Cons. const., dé. 7 mai 2014, QPC, Sté Casuca : JCP G 2014, 761, obs. M. Mekki.
[165] R. Ollard et J. Knetsch, « Le principe de précaution en droit chinois », *op. cit.*
[166] Paule Halley, « La prévention des risques incertains en droit pénal canadien de l'environnement », *op. cit.*

nécessairement doté d'une force normative, mais se présente plutôt comme une règle éthique (Espagne, Allemagne). De là, l'idée d'un devoir de punir impliqué par la Constitution n'est pas débattue.

ii) La sanction du devoir constitutionnel de punir

139. Obligation positive d'incriminer. - Dans une décision relative au contrôle de constitutionnalité de la loi relative aux OGM, le Conseil constitutionnel précise qu'il lui incombe « de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques »[167]. Ainsi, non seulement le législateur doit-il respecter le principe de précaution, mais il lui appartient en outre de prendre des mesures assurant sa garantie. C'est dire que, par analogie avec la jurisprudence européenne ci-dessus évoquée, le respect des principes, droits et libertés à valeur constitutionnelle peut impliquer des obligations législatives positives, parmi lesquelles pourrait naître une obligation d'incriminer.

140. Inconstitutionnalité. Contrôle *a priori* et *a posteriori*. - Ce raisonnement pourrait être soutenu dans le cadre d'un contrôle *a priori* pour argumenter sur l'inconstitutionnalité d'une loi n'offrant pas de garanties suffisantes au respect du principe de précaution. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi censurer une loi réglementant une activité à risque grave et irréversible pour l'environnement ou l'homme et qui ne sanctionnerait pas pénalement sa violation. Si par exemple, le législateur admettait l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique (actuellement interdite par l'article 1 de la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011), c'est-à-dire l'exploitation du gaz de schiste, en la soumettant à des autorisations administratives très restrictives, le principe de précaution pourrait justifier l'obligation d'incriminer le non respect de cette réglementation. Au-delà de ce contrôle *a priori* virtuel, et ainsi que le remarque justement le professeur François Rousseau, la carence législative ne semble pas pouvoir être sanctionnée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité parce que **cette procédure suppose une norme à contrôler qui, par hypothèse, n'existe pas lorsque le reproche porte sur l'absence de garantie pénale**[168]. Tout au plus pourrait-on envisager la contestation d'une norme de dépénalisation excessive au regard du principe de précaution.

[167] Cons. const. 19 juin 2008 : préc.
[168] François Rousseau, art. préc.

141. Responsabilité du fait de l'absence de loi. - Dans une autre direction, la sanction du devoir de punir ne semble pas pouvoir être fondée sur la responsabilité administrative dont la fonction est de réparer un préjudice résultant de l'action publique ou administrative. La responsabilité administrative n'a d'abord jamais été admise du fait de l'absence de loi ; et en postulant cette hypothèse, il faudrait encore démontrer un préjudice consécutif à cette absence de loi pénale. C'est dire qu'il faudrait attendre la réalisation d'un accident environnemental ou sanitaire pour envisager un préjudice qui, de toute façon, ne serait pas directement rattachable à l'inertie législative, mais plus certainement à l'activité génératrice du dommage[169]. De là, une responsabilité administrative sanctionnant le devoir de punir est une pure illusion.

B. Le principe de précaution et l'interprétation de l'infraction pénale

142. Position du problème. - Lorsqu'un risque incertain de dommage grave et irréversible pour l'homme ou l'environnement s'est concrétisé en préjudice effectif, l'auteur de l'activité (industrielle, agricole, sanitaire, scientifique…) à risque peut-il engager sa responsabilité pénale pour violation du principe de précaution ? La réponse à cette question suppose d'abord d'identifier une qualification pénale susceptible d'accueillir la logique de précaution. Au regard du dommage réalisé, il est alors concevable de s'orienter vers des infractions environnementales (délits de pollution de l'air, de l'eau, de la terre) ou vers des infractions contre la vie et l'intégrité physique (homicide et atteinte involontaire à l'intégrité physique) à condition d'établir, d'une part, une faute et, d'autre part, un lien de causalité entre la faute et le dommage. Il convient alors de confronter le principe de précaution à l'interprétation judiciaire de la faute et de la causalité.

1) Le principe de précaution et l'interprétation de la faute pénale

143. Imprudence. – Les atteintes au vivant et à l'environnement peuvent généralement être constituées par imprudence. Il en est ainsi en droit français où sont sanctionnées, d'un côté, les imprudences causant un dommage corporel ou la mort d'autrui (C. pén, art. 221-6 et 222-19) et, d'un

[169] Voir l'argumentation plus détaillée de F. Rousseau.

autre côté, les imprudences causant un dommage aux biens environnementaux (air, terre, eau). Les premières qualifications visent en effet expressément la « maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Quant aux délits environnementaux, autrefois qualifiés de délits matériels, la combinaison des articles 339 de la loi d'adaptation n°92-1336 du 16 décembre 1992 et de l'article 121-3 du code pénal conduit la jurisprudence, notamment pour les délits de pollution de l'eau (C. env., L. 216-6, L 432-2) à la qualification de délits d'imprudence[170].

144. Elément matériel et élément moral. – Ces imprudences pénales supposent de déterminer un comportement illicite et un état d'esprit blâmable : on commet une imprudence matérielle par imprudence morale[171]. Il convient en effet de constater qu'une norme de conduite a été violée causant un préjudice et que l'auteur pouvait ou aurait dû prévoir cette violation et son résultat potentiel. C'est au regard de ces deux éléments, matériel et moral, de l'imprudence que le principe de précaution peut guider le juge pénal dans son interprétation.

a) Le principe de précaution et l'interprétation de l'élément matériel de l'imprudence

145. Directive légale d'interprétation. - L'article 121-3, alinéa 3, du code pénal offre au juge judiciaire une directive d'interprétation de la faute d'imprudence qui est établie lorsque *« l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Le juge détermine ainsi **une norme judiciaire pénale *a posteriori* en tenant compte d'éléments concrets**[172]. La référence à un standard abstrait doit ainsi se concrétiser par la prise en considération des circonstances : l'appréciation de la faute d'imprudence est ainsi à la fois abstraite (standard) et concrète (circonstances),

[170] Cass. crim., 25 oct. 1995 : Bull. crim., n° 332 ; RJ envir. 1996 ; Dr. pén. 1996, n° 66, note Véron ; Dr. env. 1996, n° 37, p. 7 obs. Robert. - Cass. crim., 16 janv. 2007, n° 03-86502 et n° 06-82454, Juris-Data n° 2007-037506 ; Dr. pén., 2007, comm. 54, obs. J-H. Robert. Pour plus de développements sur l'élément moral des délits de pollution d'eau, voir J.-Ch. Saint-Pau, La répression de la destruction des biens environnementaux, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, vol. 4, Cujas, 2014, p. 325 s.
[171] Selon la formule éclairante de Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7e éd. Dalloz, 2004.
[172] J.-Ch. Saint-Pau, « Les infractions de précaution », *op. cit.*

ce qui explique les divergences doctrinales de qualification qui évoquent à la fois une appréciation *in abstracto et in concreto.*

146. Universalité de l'incrimination de l'imprudence. - Cette méthode se retrouve dans de nombreux pays, quelle que soit leur tradition (droit écrit ou *Common law*) : l'incrimination de l'imprudence attentatoire à la vie, l'intégrité physique, voire l'environnement est universelle. Ainsi, le droit sud-africain comme le droit chinois raisonnent sur un standard de référence en se demandant si, dans des circonstances semblables, un individu normalement diligent aurait adopté une conduite similaire (« *The reasonable person concept* »). Il y aura alors faute d'imprudence en présence d'un écart de conduite avec ce standard de référence[173]. Au Canada, et pour les atteintes à l'intégrité physique, l'article 180 du Code criminel vise « la nuisance publique » par « quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale » et par là « met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public ». Pour les atteintes à l'environnement, les règles gouvernant l'imputation de la responsabilité sont principalement l'œuvre de la Common Law qui établit un système de responsabilité fondée sur la négligence présumée, distinct du système de responsabilité relatif aux infractions criminelles[174] : « Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence »[175]. Dans l'affaire *R c. Sault Ste Marie*, la Cour suprême retient que l'étendue de l'obligation de diligence reposant sur l'auteur du risque « comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances »[176]. Le professeur Paule Halley en conclut que la norme de diligence est objective et flexible, c'est-à-dire qu'elle varie en intensité suivant la nature des activités entreprises et l'importance des risques qu'elles représentent pour l'environnement et la collectivité[177].

---

[173] J. Knetsch et R. Ollard, « Le principe de précaution en droit sud-africain », *op. cit.* – « Le principe de précaution en droit chinois », *op. cit*.
[174] P. Halley, « La prévention des risques incertains en droit pénal canadien de l'environnement », *op. cit.*
[175] R. c. Wholesale Travel Group Inc. (1991), 3 R.C.S. 154, 219 (J. Cory).
[176] R. c. Sault Ste Marie (1978), 2 R.C.S. 1299, 1326
[177] P. Halley, art. préc.

147. Légalité de l'incrimination de l'imprudence. - La référence, légale ou prétorienne, à un standard de comportement est conforme au principe de la légalité criminelle. Même dans des pays de droit écrit, la Cour européenne des droits de l'Homme admet la nécessité de l'interprétation judiciaire dès lors que le législateur ne peut incriminer *a priori* tous les comportements négligents : « beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique »[178]. Mais le pouvoir d'interprétation judiciaire, formellement délégué par le législateur, n'en reste pas moins soumis au principe de la légalité envisagé dans sa dimension matérielle ou substantielle et qui implique la prévisibilité de la norme pénale. De là, **l'interprétation de l'imprudence doit être prévisible**[179]**.** La question se déporte alors : cette prévisibilité est-elle acquise par référence au principe de précaution ?

148. Prévisibilité formelle. – La prévisibilité peut d'abord être envisagée de manière formelle. Il s'agit alors d'observer que le principe de précaution constitue une norme juridique prévue dans le code de l'environnement, des traités internationaux et la Constitution que le juge pénal peut intégrer dans son interprétation d'une infraction d'imprudence dès lors qu'il participe à l'élaboration d'une règle de conduite. A propos d'une poursuite pour homicide ou atteinte involontaire à l'intégrité physique, la Cour de cassation pourrait ainsi, selon une formule connue, viser « ensemble » les articles 221-6 ou 222-19, 121-3 du code pénal et L. 110-1 du code de l'environnement, 5 de la Charte de l'environnement pour juger d'une faute de précaution ayant causé un dommage corporel ou la mort d'autrui.

149. Droits étrangers hostiles. - Cette potentialité du principe de précaution n'est pas perçue par les auteurs allemand, espagnol, chilien ayant participé au projet de recherche qui semblent postuler que le principe de précaution est exclusivement un guide éthique de l'action administrative ne pouvant réguler les rapports entre particuliers car il vise un risque incertain qu'on ne peut reprocher de prévenir[180]. Dès lors qu'une activité à risque est identifiée, c'est l'administration qui est débitrice de

[178] CEDH 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni § 49.
[179] J.-Ch. Saint-Pau, « L'interprétation des lois, Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC* 2015, p. 273. – « Le revirement d'interprétation », *in Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, Dalloz 2015, p. 175. – Dans le même sens, J. Knetsch et R. Ollard, « Le principe de précaution en droit sud-africain », *op. cit.*
[180] Cette position hostile est également défendue en droit français, voir E. Dreyer, « Droit pénal et principe de précaution » : *D.* 2015, p. 1912.

l'obligation de précaution en sorte que les acteurs de cette activité ne peuvent encourir de responsabilité pénale.

150. Droits étrangers accueillants. - A l'inverse, et à propos d'accidents industriels, la jurisprudence italienne fonde des condamnations de décideurs pour homicides et blessures involontaires en adoptant une logique de précaution, notamment dans l'affaire du Pétrochimique de *Porto Marghera*[181], où la règle de prudence va être interprétée selon des critères qui prennent en compte l'évolution des connaissances, la connaissance de la dangerosité éventuelle d'un produit et la nécessité d'adopter une conduite minimisant les risques pour la santé humaine. Les rapports relatifs aux droits chinois et sud-africain admettent que l'appréciation de la faute d'imprudence par référence à un standard de comportement « pourrait permettre l'intégration au sein des délits d'imprudence du principe de précaution, lequel implique une norme de comportement : il s'agirait d'envisager le principe de précaution comme une règle de conduite, comme un standard juridique susceptible, en cas de méconnaissance de constituer une faute pénale »[182]. Le droit canadien est encore plus explicite sur les fondements de la responsabilité pénale pour faute de négligence dans le cadre d'une activité réglementée à risque environnemental. Le premier fondement de la responsabilité est la *liberté* de s'engager dans une activité à risque, et partant, *l'acceptation* de ses conditions et du principe d'une responsabilité. Le juge Cory écrit ainsi que « ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l'égard du public en général et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité ». Il ajoute que « les personnes qui se lancent dans un domaine réglementé sont les mieux placées pour *contrôler* le préjudice qui peut en découler et elles devraient donc être tenues pour responsables »[183]. Bref**, la liberté et le contrôle sont les deux fondements de la responsabilité pénale**.

151. Prévisibilité de la faute pénale de précaution. - Si on postule ainsi la prévisibilité formelle d'une responsabilité pour violation du principe de précaution, encore faut-il déterminer la prévisibilité substantielle de cette responsabilité, et ainsi de la faute de précaution. Le décideur doit

[181] Cass. 17 mai 2007, n° 885, www.petrolchimico
[182] J. Knetsch et R. Ollard, « Le principe de précaution en droit sud-africain », *op. cit.*
[183] Cité par Paule Halley, « La prévention des risques incertains en droit pénal canadien de l'environnement », *op. cit.*

pouvoir prévoir le comportement illicite pour adapter sa conduite. A s'en tenir pour l'instant à la matérialité du comportement, **la précaution suppose l'anticipation ou l'identification, l'information et le contrôle du risque incertain**.

152. Anticipation/identification du risque incertain. – Lors du démarrage d'une activité industrielle, agricole, sanitaire ou scientifique, la première conduite de prudence est d'identifier et ainsi d'anticiper les risques de dommages graves et irréversibles pour l'environnement ou l'homme, notamment en investissant dans la recherche qui permettra de qualifier le risque de certain ou incertain et partant de déterminer une démarche de prévention (risque certain) ou de précaution (risque incertain). Ainsi que l'explique le professeur Paule Halley pour le droit pénal de l'environnement canadien, « cette norme de diligence est objective et flexible, c'est-à-dire qu'elle varie en intensité suivant la nature des activités entreprises et l'importance des risques qu'elles représentent pour l'environnement et la collectivité… La possibilité qu'un risque ait des conséquences graves ou irréversibles peut commander de prendre des mesures plus importantes pour l'identifier et le maîtriser, surtout si l'activité en cause suppose un haut niveau d'expertise…L'intensité de l'obligation de diligence peut s'élever jusqu'à l'identification des risques incertains et la prise de mesures appropriées pour les documenter et les maîtriser »[184]. Ainsi dans la décision *R. c. Imperial Oil*, la Cour d'appel de la Colombie Britannique juge qu'au regard de la taille de la société et de son haut niveau d'expertise, il était déraisonnable dans les circonstances d'ignorer le risque de pollution d'eau poissonneuse consécutive à l'activité d'exploitation pétrolière[185] : « la jurisprudence retient que celui qui est demeuré passif et ignorant devant les risques inhérents à ses activités n'a aucune défense de diligence à faire valoir »[186]. Cette idée, qui trouve son prolongement dans l'analyse de l'élément moral de l'infraction (prévisibilité du résultat) se retrouve dans l'analyse prospective du droit sud-africain, comparable au droit français, qui confère aux professionnels le devoir de suivre l'évolution des risques émergents[187].

[184] P. Halley, art. préc.
[185] R. v Imperial Oil Ltd (2000) B.C.J. No 2031 (C.A).
[186] P. Haley, *op. cit.*
[187] R. Ollard, *op. cit.*

153. Information du risque incertain. – Lorsqu'une démarche d'anticipation et d'identification scientifique du risque est entreprise, ou que le risque incertain peut être identifié par l'expérience passée, se profile une seconde obligation de précaution : l'information du public. Dans l'affaire du désastre de *Sarno*, la Cour de cassation italienne admet la condamnation pour homicide d'un maire à la suite de la mort de 160 personnes consécutive à des pluies torrentielles et une coulée de boue ayant enseveli la ville. La faute est caractérisée dans l'omission de donner l'alerte à la population et d'ordonner son évacuation alors que le territoire était dévasté par le laisser-aller environnemental et que d'autres événements similaires avaient été observés par le passé. Toujours en Italie, les membres de la commission grand risque (CGR) ont été reconnus coupables d'homicide involontaire à la suite du décès de 29 personnes lors du violent séisme qui avait frappé l'Aquila le 6 avril 2009. La CGR a en effet fourni des informations incomplètes, imprécises et contradictoires sur la nature, les causes, la dangerosité et les développements futurs des activités sismiques[188].

154. Contrôle du risque. Obligation de minimiser. – Si un risque incertain de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou l'homme est identifié, l'acteur de l'activité à risque doit le contrôler. Ce contrôle du risque, même insignifiant ou minime, suppose d'abord de prendre « toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question ». L'ampleur des mesures dépend ainsi de **la nature du risque** identifié : il s'agit d'une diligence spéciale et technique et non d'une diligence générale. Ainsi dans l'affaire canadienne *R. c. Imperial Oil*, la négligence résulte de l'utilisation dans les opérations de raffinerie d'une substance dont la société aurait dû connaître l'identité et les propriétés, et cela avant de les utiliser, et d'autre part, pour avoir omis de vérifier que ses équipements de prévention des rejets étaient en mesure de les contenir. Dans l'affaire Italienne du désastre de *Sarno*, la Cour de cassation déclare : « Lorsqu'on ne connaît pas les caractéristiques fondamentales d'un phénomène naturel ou provoqué par l'homme – en particulier les causes, les possibilités d'évolution, les effets possibles – il faut utiliser une prudence encore plus grande pour le gérer, en vue d'en éliminer ou d'en réduire les conséquences, et ça précisément parce qu'on ne peut pas exclure, sur la base d'une évaluation *ex ante* basée sur des connaissances scientifiques fiables les effets les plus nocifs »[189]. En définitive, il

[188] Voir sur ces deux affaires, Maria-Valeria Del Tufo, « Le principe de précaution en Italie », *op. cit.*
[189] Cité par Maria-Valeria Del Tufo, *op. cit.*

faut appliquer le principe introduit par Rawls, selon lequel, dans une situation d'incertitude, il faut évaluer le choix accompli sur la base de la pire de ses conséquences possibles. **Le contrôle du risque implique l'obligation de minimiser ses conséquences, même incertaines**.

b) Le principe de précaution et l'interprétation de l'élément moral de l'imprudence

155. Prévisibilité du résultat. – Au regard de l'élément moral de l'imprudence, les auteurs allemands, italiens et espagnols concluent qu'il ne peut y avoir de faute pénale à adopter un comportement à risques éventuels car l'auteur ne peut pas prévoir le résultat dangereux de son action. Or « la prévisibilité d'un résultat est un élément essentiel de la conduite imprudente »[190].

156. Prévisibilité d'un dommage et d'un risque. – L'affirmation semble excessive. Certes, il est exact que la prévisibilité des conséquences de son comportement conditionne le reproche moral en deux sens. Lorsqu'une personne n'a pas prévu que son attitude était dangereuse alors que, dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable aurait prévu cette dangerosité : la faute pénale est une imprévoyance coupable (imprudence inconsciente). Lorsque qu'une personne a prévu que son comportement était dangereux, mais qu'elle a persévéré dans son action : la faute pénale est une persévérance coupable, imprudence consciente). Mais si la prévisibilité est un élément essentiel de l'imprudence, il reste qu'elle peut viser soit un dommage, soit un risque de dommage.

157. Imprévoyance et persévérance coupable. - A ce stade, peut-on envisager un blâme social dans l'imprévoyance d'un risque incertain ou dans la persévérance d'un comportement à risque hypothétique ? La réponse morale peut être construite à partir de l'analyse de la matérialité des obligations de précaution envisagées plus haut. Il a été observé que le haut niveau d'expertise que supposent certaines activités, par exemple l'exploitation des ressources énergétiques, qui exposent l'environnement ou l'homme à des risques graves et irréversibles implique une obligation d'anticipation et d'identification, et ainsi des recherches scientifiques. De là deux fautes matérielles et morales sont envisageables.

[190] Gonzalo Quintero Olivares*, op. cit*.

158. Imprévoyance du risque incertain. - Lorsque cette obligation d'anticipation et d'identification des risques, même incertains, n'a pas été satisfaite, il y a imprévoyance coupable si, dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable aurait agi différemment. Selon Paule Haley, cette obligation d'anticiper trouve sa limite dans l'imprévisibilité du risque : il s'agit d'apprécier « le caractère raisonnable ou non de l'ignorance ou de l'erreur quant à l'existence du risque de pollution, car les risques imprévisibles ne peuvent être imputés à une personne sans introduire un régime de responsabilité sans faute… Le principe de précaution pourrait aider à interpréter la portée de l'erreur de fait raisonnable en y intégrant des considérations sur l'état des connaissances scientifiques entourant l'existence du risque »[191].

159. Persévérance du risque incertain. – Lorsque le risque incertain est connu, la persévérance dans l'activité dangereuse n'est coupable que si l'auteur n'a pas pris de mesure pour minimiser le risque, voire pour l'éviter. Ce principe de culpabilité morale se retrouve dans la jurisprudence italienne (Affaire Porto Marghera) où la responsabilité semble fondée sur la seule connaissance de la dangerosité éventuelle d'une substance pour la santé : « le seuil au-delà duquel l'auteur peut prévoir les effets préjudiciables de sa conduite n'est pas celui de la certitude scientifique, mais celui de la probabilité ou même celui de la seule possibilité que ces effets vont se produire »[192]. La prudence absolue s'impose également en droit canadien lorsque l'on observe une condamnation pénale pour mise en danger de la vie, de la sécurité ou de la santé du public résultant d'un don de sang par une personne atteinte du VIH alors que le risque de contamination était évalué à 1% en raison des mesures de détection mises en place par la Croix Rouge[193]. La Cour d'appel de l'Ontario conclut que ce risque est suffisant puisque l'ampleur du dommage possible impose une norme de prudence particulièrement élevée : « When the gravity of the potential harm is great, in this case « catastrophic », the public is endangered even where the risk of harm actually occuring is slight, indeed even if it is miminal ».[194]

---

[191] Paule Halley, art. préc.
[192] Cité par Maria-Valeria Del Tufo, « Le principe de précaution en droit italien », préc.
[193] R. c. Thornton, (1991) O.J. No 25 cité par Simon Roy et M.-P. Robert, art. préc.
[194] Cité par M.-P. Robert et S. Roy, art. préc.

160. Prise de risque raisonnable. - Cette culpabilité pourrait être neutralisée d'un point de vue social lorsque la prise de risque aurait été accomplie par une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Cette prise de risque raisonnable *(« reasonable risk »*) constitue une cause d'impunité dans la jurisprudence sud-africaine[195], et elle peut trouver application en droit français par la référence aux diligences normales de l'article 121-3 du code pénal. Dès lors, et malgré l'identification d'un risque, la pratique d'une profession peut conduire à une prise de risque raisonnable, en observant cependant qu'un comportement général n'est pas nécessairement un comportement normal : **la norme sociale suppose un jugement de valeur, et ne se résume pas à un constat d'une pratique, fut-elle professionnelle**.

161. Analyse économique de la précaution. - Dans une autre perspective – économique -, la jurisprudence sud-africaine neutralise la faute lorsque les mesures de précaution sont trop coûteuses au regard de la probabilité de réalisation du risque et condamne l'activité. « Il s'agit alors pour les juges répressifs de se livrer à un contrôle de proportionnalité entre la probabilité de réalisation du risque, d'une part, et le coût des mesures à mettre en place pour prévenir la réalisation du dommage. Lorsque le coût des mesures préventives est jugé disproportionné au regard de la faible probabilité de réalisation du dommage, les juges estiment qu'une personne normalement diligente aurait persisté dans son action, de sorte qu'une faute d'imprudence ne peut alors être reproché à l'agent »[196].

162. Degré de connaissance du risque incertain. – Même si on admet que la seule connaissance du risque incertain permet de conclure à la culpabilité, le débat peut se déporter sur le degré de connaissance de ce risque éventuel. En France, et dans l'affaire de l'Amiante, les prévenus étaient mis en examen au titre d'une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer, au sens de l'article 121-3 du code pénal. Mais cette mise en examen fut annulée par la chambre de l'instruction, décision approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 avril 2015, au double motif qu'elle ne s'était pas rendue coupable de négligence dans la surveillance de la réglementation, et surtout, « *faute pour elle, d'avoir pu, dans le contexte des données scientifiques de l'époque, mesurer le risque d'une particulière gravité auquel elle aurait exposé les*

[195] J. Knetsch et R. Ollard, « Le principe de précaution en droit sud africain », *op. cit.*
[196] J. Knetsch et R. Ollard, *op. cit.*

victimes »[197]. On retrouve la même idée dans deux affaires relatives à l'hormone de croissance où le risque avait été qualifié de « *négligeable* », certains juges concluant « *qu'il ne saurait être reproché au prévenu de ne pas avoir eu l'intuition d'un risque de contamination qu'aucun professionnel évoluant dans ce secteur d'activité n'avait perçu à l'époque* »[198]. De là on aperçoit que l'incertitude scientifique constitue un obstacle à la qualification qui, selon les juges, suppose une **conscience d'une certitude de risque**. Cette position condamne ainsi la **faute pénale de précaution** envisagée comme l'omission de prendre des mesures alors que le décideur avait connaissance d'un risque incertain de dommage, incertitude résultant d'études scientifiques incomplètes ou contradictoires[199].

163. Risque connu et incertain. - Il pourrait cependant en être autrement au regard de deux décisions de la Cour de cassation du 10 décembre 2013 qui, dans la même affaire, n'excluent pas la responsabilité pénale pour imprudence en pointant la connaissance du risque[200]. Le premier arrêt relève que l'amiante avait été classée agent cancérogène par des instances internationales ; le second, que les risques résultant d'une exposition prolongée à l'amiante étaient connus des dirigeants. Mais cette connaissance portait-elle sur un risque certain ou incertain ? Si on considère que les études scientifiques permettaient d'établir une certitude du risque au moment de la prise de décision, la faute d'imprudence est caractérisée en ce que les décideurs publics et privés n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter la réalisation de ce risque – et ainsi le dommage : c'est **une faute de prévention**. Si on estime qu'il existait au moment des faits une incertitude scientifique, la faute d'imprudence pourrait peut-être résulter de l'absence de mesure de précaution au regard de la seule connaissance d'un risque certes hypothétique mais grave à raison de l'irréversibilité du dommage pour la santé des personnes : c'est **la faute de précaution**.

---

[197] Cass. crim., 14 avr. 2015, n° 14-85.333 : JCP G 2015, 696, note H. Matsopoulou.
[198] CA Paris, pôle 2, ch. Corr. 8, 5 mai 2011 : JCP G, 2011 n° 37, 965.
[199] J.-Ch. Saint-Pau, « Les infractions de précaution » : *RPDP* 2015, p. 265. – A. Gallois, « Quelle place pour le principe de précaution en droit de la responsabilité pénale » : *RDSS* 2013, p. 801.
[200] Cass. crim., 10 déc. 2013, n° 13-83.915, Aldeva : Environnement 2014, comm. 40, obs. S. Brimo. Cass. crim., 10 déc. 2013, n° 13-84.286, Eternit : Environnement 2014, comm. 40, obs. S. Brimo. – Pour une analyse plus approfondie de ces arrêts, voir notre article, « Les infractions de précaution », préc.

164. Typologie. - En définitive, il conviendrait de distinguer selon que l'incertitude scientifique permet de mesurer l'existence du risque. 1/ Lorsqu'il n'existe **aucune étude scientifique** permettant de connaître l'existence du risque, la conscience d'exposer autrui à un risque ne peut naturellement être établie. Le débat peut certes se déplacer vers l'appréciation des diligences dans la recherche du risque ; mais la constatation éventuelle de cette faute ne confère pas à l'agent la conscience du risque. Il n'y a pas de faute caractérisée concevable. 2/ Lorsqu'il existe des études scientifiques évoquant le **risque**, mais le qualifiant (par erreur) de **négligeable**, ses conséquences étant notamment mal identifiées, voire minimisées (de bonne foi). L'auteur du défaut de précaution ne peut avoir eu conscience d'un risque d'exposer autrui à un risque « d'une particulière gravité », le risque étant scientifiquement négligeable. 3/ Lorsqu'il existe des **études scientifiques contradictoires**, le risque, certes incertain, reste prévisible. Il peut alors être soutenu que celui qui, en connaissance de cette contradiction, prend le risque d'une mise sur le marché d'un produit nocif est alors conscient d'exposer autrui à un risque possible de dommage irréversible. Il commet une faute caractérisée exposant autrui à un risque qu'il ne pouvait ignorer, étant observé que l'article 121-3 ne qualifie pas le risque, qui peut donc englober le risque incertain de dommage.

c) Preuve de l'imprudence au regard du principe de précaution

165. Renversement de la charge de la preuve.- Droit canadien. - Les principes qui gouvernent la charge de la preuve, et notamment la présomption d'innocence, imposent à l'autorité de poursuite de démontrer que les éléments d'une infraction environnementale ou contre la vie et l'intégrité physique sont caractérisés. Mais dans les activités à risques, soumises à une réglementation soucieuse du principe de précaution, ce principe peut être adapté au motif que **l'auteur du risque est le plus apte à rapporter la preuve de ses diligences**. En d'autres termes, la charge de la preuve pèse sur celui qui dispose de l'expertise technique permettant de démontrer qu'il a satisfait à l'obligation d'anticipation ou d'identification, d'information et de contrôle des risques incertains. Cette idée se retrouve dans le droit pénal de l'environnement canadien : « il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujetti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence

raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir les éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable »[201].

166. Diligences normales. Présomption. – En droit français, la Cour de cassation juge que le fait de pollution manifeste en soi une faute d'imprudence dans l'accomplissement d'une activité dès lors que l'agent n'avance pas de diligence particulière. Reprenant la motivation de juges du fond, elle déclare en effet à propos de la pollution d'une rivière à la suite d'écoulement du « jus de décharge » que « *c'est par sa propre négligence, en ne prenant pas les mesures nécessaires afin d'éviter la pollution du cours d'eau, que le prévenu s'est rendu coupable des faits qui lui sont reprochés* »[202]. De là, il résulte que **l'imprudence morale se présume** sur la base du fait matériel de pollution à charge pour le prévenu, sur lequel pèse ainsi une obligation de résultat, de démontrer qu'il a accompli les diligences normales.

167. Condamnation de la présomption ? - Cette sévérité de la jurisprudence est cependant affectée par la loi du 10 juillet 2000, dite loi Fauchon. D'une part, l'article 121-3, alinéa 3, du code pénal fut encore modifié puisque l'expression « *si l'auteur des faits a accompli les diligences normales* » fut remplacée par « *s'il est établi que l'auteur des faits…* ». Cette modification a sans doute été rédigée pour condamner la présomption de faute fondée sur le fait de pollution[203] ; mais il peut être observé que le ministère public peut toujours avancer l'abstention du prévenu au regard de la diligence que ses fonctions lui permettait d'accomplir, ce qui, en dernière analyse confirme la présomption. La Cour de cassation ne dit rien d'autre lorsqu'elle juge : « *Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable des faits reprochés, la cour d'appel retient que l'asphyxie de la faune et de la flore du ruisseau, ainsi que le colmatage des zones d'habitat et de nourriture des poissons ont eu pour effet de nuire à la reproduction de ces derniers par la destruction des frayères; que les juges ajoutent qu'en ne surveillant pas suffisamment le dispositif de filtrage des boues et en ne vérifiant pas le bon état de la pelle de la bonde,*

[201] R. c. Whole Travel Group. Inc. (1991) 3 R.C.S. 154, 219.
[202] Cass. crim., 25 sept. 1997, n° 96-85712, inédit. – Voir les décisions de juges du fond citées par V. Jaworski, op. cit. n° 46.
[203] V. Jaworski, *op. cit*. n° 47.

dont la rupture a favorisé le rejet de sédiments, l'intéressé a commis des négligences qui caractérisent l'élément moral de l'infraction »[204].

2) Le principe de précaution et l'interprétation de la causalité pénale

168. Certitude de la causalité. – En tant qu'infraction de lésion d'un bien juridique, les délits contre la vie et l'intégrité physique ou l'environnement supposent une atteinte causée par le comportement incriminé. Cette exigence de certitude de la causalité, notamment précisée dans les articles 221-6 et 222-19 du code pénal, est dans tous les systèmes juridiques une condition de fond de la responsabilité pénale des atteintes à l'homme et à l'environnement. La procédure pénale conforte cette exigence dès lors que le principe de la présomption d'innocence interdit de retenir la culpabilité d'une personne qui n'a pas causé l'atteinte illicite. En application de ce principe universel de causalité, lorsqu'une catastrophe industrielle, environnementale ou sanitaire est la source de dommage grave et irréversible pour l'homme et l'environnement, la responsabilité pénale des débiteurs des obligations de précaution précédemment évoquées ne peut être engagée que si leur violation a été la cause des conséquences de ces accidents (par exemple une maladie incurable).

169. Causalité des fautes d'omission. - Une première difficulté réside dans la nature des obligations violées. S'agissant d'obligations de faire, le reproche vise une omission. Une certaine doctrine soutient alors qu'il n'est pas concevable d'envisager la causalité des fautes d'abstention[205]. Cette affirmation est cependant démentie par la pratique jurisprudentielle qui admet de condamner pour homicide et atteinte à l'intégrité physique les auteurs de fautes d'omission, ce que la lettre des articles 221-6 et 222-19 du code pénal autorise[206]. D'un point de vue logique, il suffit d'observer que la causalité juridique est normative en ce qu'elle suppose un jugement de valeur qui ne se résume pas à une constatation scientifique et qu'elle peut reposer sur des données morales et sociales. Dans cette analyse, le défaut de précaution, s'il ne cause pas positivement le dommage qui est matériellement imputable à

[204] Cass. crim., 7 nov. 2006, n° 06-85910 ; Bull. crim., n° 279 ; RJ env. 2007, 536, note Jaworski.
[205] Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand colin, 7e éd. 2004, n° 346. – V. également, J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 2016, n° 400 : « Pas de causalité non plus avec les délits d'omission puisque ne pas agir n'est pas cause… »
[206] Par exemple, Cass. crim., 24 mars 2009 n° 08-83001 : *RPDP* 2009, p. obs. J.-Ch. Saint-Pau.

l'accident, en permet cependant la réalisation ou la propagation : la faute d'omission est alors une condition *sine qua non* du dommage au sens où en son absence il ne serait pas survenu : la causalité est négative[207].

170. Incertitude scientifique. – Une seconde difficulté tient à l'incertitude scientifique que suppose l'application du principe de précaution. S'il est en effet possible de se contenter d'un simple risque hypothétique pour qualifier, au moment des faits, la faute de précaution, il est en revanche absolument nécessaire de qualifier, au moment de la décision de condamnation, un dommage et un lien de causalité certain entre celui-ci et la faute de précaution.

171. Exclusion de la responsabilité pénale. - Cette exigence d'une causalité certaine semble de prime abord exclure toute responsabilité pénale d'un accident industriel, agricole, environnemental ou sanitaire dont on ne peut établir avec une certitude scientifique les conséquences sur l'homme ou l'environnement. Plus exactement, il ne suffit pas de constater une faute de précaution, un accident et des dommages si le rapport de causalité entre ces trois éléments n'est pas démontré.

172. Présomption de causalité ? - Il est certes possible, à l'instar du droit de la responsabilité civile, de raisonner par présomptions de fait dès lors que la preuve d'un élément constitutif d'un délit peut se réaliser par tous moyens (CPP, art. 427). Dans cette perspective, l'existence d'indices graves et concordants peut sembler permettre au juge pénal de poser une présomption, spécialement lorsqu'aucune autre cause possible du dommage n'est établie : c'est la présomption de causalité par élimination.

173. Italie. - Le débat s'est ouvert en Italie dans plusieurs affaires relatives à la poursuite pour homicide involontaire de chefs d'entreprise à la suite d'exposition d'ouvriers à des produits toxiques (poussières d'amiante, chlorure de vinyle monomère)[208]. Distinguant la causalité générale et la causalité individuelle, la doctrine italienne montra alors que l'épidémiologie peut montrer l'augmentation du risque par rapport à une certaine pathologie, mais cette loi statistique ne peut pas prouver au-delà de tout

[207] Pour des développements plus importants, et pour la jurisprudence applicable, voir J.-Ch. Saint-Pau, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis 2012, p. 679.
[208] Maria-Valeria Del Tufo, « Le principe de précaution en droit italien », *op. cit*.

doute raisonnable que l'exposition a été la cause certaine de la maladie ou de la mort d'une personne déterminée. Dès lors la Cour de cassation italienne n'admit l'utilisation des lois statistiques que lorsque la probabilité de vérification du résultat approche 100%, ce qui exclut la responsabilité pénale des maladies professionnelles[209]. Mais cette position a parfois été atténuée en deux sens. D'une part, la causalité peut être établie sur la base d'une probabilité rationnelle lorsque la cause est alternative et réside soit dans l'accident, soit dans la conduite de la victime. Ainsi, un cancer du poumon peut être imputable au tabagisme de la victime alors qu'il peut être imputé à l'exposition à une substance toxique si la victime est non fumeur. D'autre part, la jurisprudence italienne admet la condamnation pour homicide involontaire à la suite du décès de travailleurs exposés aux poussières d'amiante dès lors que le comportement des accusés a augmenté le risque de tomber malade[210]. Ce raisonnement, déjà présent au début des années 1990, est critiqué par le professeur Maria-Valeria Del Tufo au motif « que les infractions axées sur l'atteinte à un bien juridique sont transformées en des infractions de mise en danger et qu'on attribue le résultat (la lésion ou la mort) à l'auteur sur la base d'un paramètre qui n'est plus celui de la causalité ». Le rapport de causalité est en réalité déplacé du dommage vers le risque.

174. Exclusion de la présomption de causalité. France. - – En France**,** dans l'affaire *Tchernobyl*, la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte fermement ce type de preuve par exclusion dite « présomption par élimination »[211]. Alors que les victimes soutenaient que la causalité entre les fautes reprochées et la pathologie des victimes, à défaut de pouvoir être établie positivement, pouvait être déduite de « *l'impossibilité d'imputer cette pathologie à une autre cause* », la Cour de cassation juge au contraire que : « *pour dire n'y avoir lieu à suivre des chefs de blessures et homicides involontaires empoisonnement et administration de substances nuisibles à la santé, l'arrêt, après avoir relevé qu'à ce jour, il n'a pas été constaté, en France, une augmentation significative des cancers de la thyroïde, retient que compte tenu de l'impossibilité de déterminer la dose d'iode ingérée par chaque malade, il est en l'état des connaissances scientifiques actuelles,* ***impossible d'établir un lien de***

[209] Cass. 28 nov. 2000, Baltrocchi.
[210] Arrêt Fincantieri, Cass. 24 mai 2012.
[211] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, T. 2, Le fait juridique* : Sirey 14e éd. 2011, n° 164.

causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl »[212]. L'exclusion d'une présomption de causalité se retrouve en droit sud-africain

175. Afrique du Sud. - Le droit pénal sud-africain[213] refuse, comme le droit pénal français, d'admettre des présomptions de causalité en matière d'infractions d'imprudence, la jurisprudence criminelle rejetant toute forme de présomptions de causalité fondées sur des « indices graves et concordants » en dehors des présomptions légalement instituées[214]. La Cour constitutionnelle sud-africaine a d'ailleurs confirmé cette analyse en déclarant inconstitutionnelle, sur le fondement de principe de la présomption d'innocence, toute forme de présomption de responsabilité en matière pénale[215]. Dans ce prolongement, la Cour constitutionnelle sud-africaine rejette fermement toute forme de renversement de la charge de la preuve en matière pénale[216].

176. Incertitude des bases de la présomption. – La position retenue dans l'affaire *Tchernobyl* est rationnelle pour deux raisons. Une présomption n'est d'abord **raisonnable** que si elle repose sur un fait connu doté d'une certitude. Or dans cette affaire, l'incertitude tient non seulement à la causalité entre les pathologies et le passage du nuage radioactif, mais également au fait même de contamination. Les bases de la présomption deviennent alors incertaines. L'affaire se distingue ainsi de celle qui, jugée sur le fondement de l'article 223-1 du code pénal (Délit de mise en danger d'autrui), retient que la violation par usine de recyclage de batterie de la réglementation a certainement exposé autrui à un risque puisque plusieurs habitants présentaient un taux de plomb important dans le sang[217].

---

[212] Cass. Crim., 20 nov. 2012, n° 11-87.531 : *Rev. Pénit*. 2013, p. 367, obs. J.-Ch. Saint-Pau.
[213] J. Knetsch et R. Ollard, « Le principe de précaution en droit sud-africain », *op. cit.*
[214] Pour un exemple de présomption légale en droit sud africain, v. The Transvaal Nature Conservation Ordinance (ordinance 12 of 1983, section 110, 1) : présomption simple de commission du délit d'importation d'espèces animales dangereuses dès lors qu'une personne est trouvée en possession de telles espèces.
[215] *Mumbe*, 1997 (1) SA 854 (W).
[216] *Zuma*, 1995 (2) SA 642 (CC) ; *Bhulwana* 1996 (1) SA 388 (CC) ; *Manamella* 2000 (3) SA 1 (CC). Dans cette dernière affaire, la Cour procède à une distinction entre les infractions de droit pénal strict (« *pure criminal offences* »), pour lesquelles le renversement de la charge de la preuve est proscrit, et la répression administrative (« *regulatory* ») pour laquelle un tel renversement de la charge de la preuve peut être admis.
[217] Cass. Crim., 30 oct. 2007 : n° 06-89.365 et Cass. Crim., 21 sept. 2010 : n° 09-86.258.

177. ***In dubio pro reo*. -** Plus fondamentalement ensuite, la présomption d'innocence (CEDH, art. 6 § 2) impose de juger que le **doute profite à la personne poursuivie**. C'est en effet à l'accusation qu'il appartient de prouver les éléments constitutifs d'une infraction. Lorsque le poursuivant ne parvient pas à prouver de manière décisive les faits, le juge doit faire bénéficier le prévenu du doute (*in dubio pro reo*)[218]. Ainsi lorsque les éléments présentés au juge « *n'entraînent pas de certitude absolue* », celui-ci doit « *considérer qu'il demeure un doute dont le prévenu doit bénéficier* » alors même que la culpabilité est « *probable* »[219]. De là, on aperçoit que le principe de précaution est impuissant à modifier l'appréciation du lien de causalité.

[218] V. par exemple, J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 17e éd. 2013, n° 393.
[219] Cass. Crim., 22 juin 1960 : Bull. crim. n° 339.

ANNEXES

PARTIE 1 – EUROPE

1. FRANCE

PREUVE ET PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Mustapha Mekki
Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'IRDA

1. Ce qui les oppose et ce qui les rapproche – Si « le doute est le sel de l'esprit »[220], le juriste en est imprégné lorsqu'il est amené à confronter le droit de la preuve au principe de précaution[221]. Si la preuve devait être le terreau d'une vérité, principalement judiciaire, le principe de précaution est le berceau de toutes les incertitudes[222]. Tout les oppose donc. Pourtant, preuve et principe de précaution partagent une culture commune qui les rapproche : celle du doute.

2. Prévention et précaution – Le principe de précaution, consacré en droit international[223] et en droit européen[224], est formalisé par la loi Barnier du 2 février 1995 au sein de l'article L. 110-1 II

220 ALAIN, *Propos*, t. 1, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1956, p. 1014.

221 Les réflexions sur le droit de la preuve et le droit de l'environnement sont peu nombreuses, voir cependant Mathilde BOUTONNET, « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement ? », dans Loïc CADIET et Mustapha MEKKI (dir.), *La preuve : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2015. En droit suisse, voir Alexandre FLÜCKIGER, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », (2003) XLI-128 *Revue européenne des sciences sociales* 107.

222 Simon CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Paris, Economica, 1992. Ajouter *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Séminaire de l'institut fédératif « Environnement et eau », vol. 3, coll. « Cahiers du CRIDEAU », Limoges, PULIM, 2002.

223 Voir notamment Nicolas DE SADELEER, « Le statut du principe de précaution en droit international », dans Michel PÂQUES et Michaël FAURE (dir.), *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 373.

224 Le principe est posé à l'article 191.2 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, Journal officiel de l'Union européenne, n° C83 du 30/03/2010, mais son contenu a été précisé par la jurisprudence européenne, voir notamment Artegodan GmbH et autres c. Commission des Communautés européennes, Affaires jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, 26 novembre 2002, J.O. C 19 du 25.01.2003,

2° du Code de l'environnement et sacralisé par l'article 5 de la Charte de l'environnement. Alors que la prévention renvoie à l'existence d'un risque avéré dont on ne peut évaluer toutes les probabilités de réalisation, la précaution repose sur l'existence d'un risque incertain. Sans être défini, le droit français en détermine les éléments constitutifs : incertitudes scientifiques, dommages graves et irréversibles, évaluation du risque, mesures provisoires et proportionnées. Le principe de précaution se compose en ce sens d'éléments déclencheurs, conditions d'application, et d'éléments réalisateurs, conditions de gestion.

3. Précaution : une norme et un principe directeur – Pour clarifier le lien entre droit de la preuve et principe de précaution, il est utile d'opérer une distinction entre la « règle » de précaution qui découle des dispositions précitées et un éventuel « principe directeur » de précaution[225]. Dans le premier cas, le « principe » de précaution se limite à la mise en œuvre de mesures préventives. Cette norme s'adressait à l'origine aux décideurs publics et était limitée au seul droit de l'environnement. La jurisprudence administrative et européenne a étendu cette norme aux problèmes d'urbanisme et de santé[226]. Il génère, en cas de procès, un contentieux de nature objective, sorte de contentieux de la légalité, pouvant donner naissance à des mesures négatives – cessation, suppression, interdiction – ou positives – obligation d'information, obligation d'évaluation, obligation de vérification, obligation de suivi… Au-delà de la règle de précaution, aucun ne souhaiterait que le principe de précaution irradie l'ensemble des branches du droit[227], spécialement du droit civil[228]. S'opèrerait ainsi un

spécialement par. 182. Il est qualifié de principe général du droit communautaire, Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne, Affaire T-392/02, 21 octobre 2003, J.O. C 7 du 10.01.2004, spécialement par. 121.

[225] Sur cette distinction, voir notamment Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, t. 444, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2005, n° 181 et suiv., p. 100 et suiv. Comparer avec Eric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, coll. « Objectif Droit », Paris, LexisNexis, 2011, n° 144 et 145, p. 82 et suiv., qui distingue l'amont (contrôle de légalité) et l'aval (responsabilité).

[226] The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Affaire C-157/96, [1998] Rec. C.E. I-02211, par. 64 et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes, Affaire C-180/96, [1998] Rec. C.E. I-02265, par. 100. Ajouter Cons. d'Ét. Ass. 9 avr. 1993, M. et Mme B., M.D., M.G., Rec. Cons. d'Ét., p. 110, concl. Legal; Cons. d'Ét. 8 oct. 2012, Commune de Lunel, Rec. Cons. d'Ét., tables.

[227] Voir notamment Trib. gr. inst. Nevers, 22 avr. 2010, *Resp. civ. et assur.* 2010, comm. 275 qui parle de « principe général de précaution ».

[228] Voir notamment M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 6, n° 283 et suiv., p. 148 et suiv.

« décloisonnement du principe de précaution »[229]. En particulier, le principe de précaution pourrait justifier un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile[230] au service d'une « responsabilité préventive »[231]. Dans ce cadre, qu'on adhère ou non à cette « responsabilité de l'avenir »[232], ce principe génèrerait un contentieux plus subjectif.

4. Une réflexion sur les rapports entre science et droit – La preuve à l'épreuve du principe de précaution invite à réfléchir de nouveau sur les liens entre la science et le droit[233]. Leur confrontation confirme que, aussi bien en droit qu'en science, la vérité est toute relative[234]. L'incertitude devient objet du droit[235] et fait trembler les piliers du droit de la preuve. La preuve n'y est pas que

---

229 Julien BÉTAILLE, « Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation », *Droit de l'environnement* 2010.278.

230 Notamment en se contentant d'un simple risque de dommage et d'un simple risque de causalité, en ce sens, M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 6, n° 1030 et suiv., p. 511 et suiv.

231 Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004.chr.577; Gilles J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir? », A.J.D.A. 2005.2222; Cyril SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, vol. 110, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, Dalloz, 2011; Mathilde BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », D. 2010.2662 et suiv.

232 Opposés à une telle conception de la responsabilité, voir Geneviève VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence. Beaucoup de bruit pour presque rien », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 555 et suiv.; Patrice JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel? », *Resp. civ. et assur.* 2010, n° 11.

233 Gilles J. MARTIN, « La 'vérité' scientifique à l'épreuve du droit. L'exemple du droit de l'environnement », dans Jean-Jacques SUEUR (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 15 et suiv.; Eric NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999. Ajouter Eve TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, coll, « Droit des technologies », Bruxelles, Larcier, 2012.

234 Maurice ALLAIS, « Autorité de la science ou autorité en matière de science? L'immense danger d'une domination oppressive des pseudo-vérités établies », dans Jean FOYER, Gilles LEBRETON et Catherine PUIGELIER (dir.), *L'autorité*, Paris, P.U.F., 2008, p. 117 et suiv. Pour une étude d'ensemble, Mustapha MEKKI, « Vérité et preuve » dans *La preuve. Congrès international Association Henri Capitant*, à paraître en 2015, spécialement n° 13 et suiv.

235 Rapprocher avec Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, coll. « Droit privé », Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003.

judiciaire. Elle est juridique et se joue aussi hors des murs du procès[236]. Le principe de précaution relève, à l'origine et encore principalement, de la sphère politique. En outre, la preuve à l'aune du principe de précaution ne relève pas que du juridique. Elle repose sur des considérations sociales, éthiques, économiques et politiques qui rendent ses contours plus flous et plus mous[237]. Enfin, le droit de la preuve reste une opération rationnelle qui ne peut se détacher totalement de la réalité, de la « vraie vérité » des faits. À défaut, la décision du juge ou du politique risque de perdre toute légitimité. Ce qui importe, c'est de rendre une décision qui soit acceptable[238].

En définitive, la combinaison du droit de la preuve et du principe de précaution invite à adapter les catégories, à repenser les modes de raisonnement, à revisiter les schémas de pensée. Sans remettre en cause une trilogie fort confortable pour l'esprit qu'est la distinction entre l'objet de la preuve, la charge probatoire et les modes de preuve, le principe de précaution oblige à en relativiser la portée autour de deux notions fondamentales : le doute raisonnable et le risque acceptable[239].

5. **Rétrospective et prospective –** Pour comprendre de quelle manière les principes du droit de la preuve pourraient être adaptés à la singularité du principe de précaution, encore faut-il pouvoir surmonter certains obstacles. Il faut surmonter les obstacles (I) avant d'adapter les principes (II).

I. Surmonter les obstacles

6. Les obstacles sont nombreux. Ils relèvent de raisons propres au droit de la preuve (A) et de raisons propres au principe de précaution (B).

---

236 Eve TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 7 et suiv., spécialement p. 8.

237 Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob : La Documentation française, 2000, spécialement p. 148.

238 Simon CHARBONNEAU, « L'acceptabilité sociale du risque sanitaire en droit de l'environnement », R.E.D.E. 1998.384 et suiv.; François EWALD, « L'acceptabilité du risque au seuil du XXIe siècle. Des nouveaux modes de régulation s'imposent », *Passages* hiver 1998.22 et suiv.

239 Sur le lien entre doute probatoire et principe de précaution, voir notamment J.F. CESARO, préc., note 16, spécialement n° 593 et suiv., p. 629 et suiv.

A. Les raisons propres au droit de la preuve

7. Le droit de la preuve, spécialement judiciaire, repose sur un paradoxe qui se caractérise par deux excès : une recherche excessive du juste (1) et une recherche excessive du vrai (2).

1°/ Une recherche excessive du juste

8. **Le juste au détriment du vrai –** L'antienne est célèbre : le procès est avant tout la recherche du juste et non du vrai[240]. On se détourne ainsi de la science pour faire appel à une autre forme d'argumentaire[241]. Se détourner de la sorte de la science n'est pas appréciable, car « prouver c'est faire approuver » par la collectivité[242]. Or, la science est source de légitimité. Elle rend la décision politique ou judiciaire « socialement acceptable »[243]. Une décision, fondée sur le principe de précaution, excluant tout recours à la science, pourrait être taxée d'arbitraire[244]. Si le procès est la recherche du juste, elle ne peut se faire en excluant totalement la recherche du vrai. À l'inverse, la preuve s'inscrit parfois dans un autre excès : la recherche excessive du vrai.

2°/ Une recherche excessive du vrai

---

240 « Dire le droit, c'est dire le juste » rappelle pertinemment Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002, p. 257.

241 Comparer avec Chaïm Perelman qui défend la coexistence d'une vérité de la démonstration et d'une vérité de l'argumentation, Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 5e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 13. Pour une illustration en droit de la concurrence, Anne-Lise SIBONY, « La preuve scientifique évitée. Inventaire de quelques techniques judiciaires », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 161 et suiv.

242 Henri LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, coll. « Petite bibliothèque sociologique internationale », Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, spécialement p. 22.

243 A.-L. SIBONY, préc., note 22, spécialement p. 175.

244 Il existe « d'autres ordres de vérités », Paul RICOEUR, *Histoire et vérité*, Paris, Seuil, 1955, p. 156.

9. Entre pouvoir du juge et savoir de l'expert – La recherche excessive du vrai se traduit par une soumission de plus en plus fréquente du juge à l'expertise[245]. Or, ce que le juge gagne en savoir, il semble le perdre en pouvoir par manque de temps et par manque de compétence[246]. Selon le schéma classique, l'expert propose et le juge dispose. Cette répartition des rôles est d'autant plus importante à l'aune du principe de précaution que les controverses scientifiques sont nombreuses et l'incertitude dominante, ce qui oblige le « juge, confronté aux controverses (à) trouver son chemin entre des avis divergents »[247]. Cette collaboration est parfois menacée par un juge ayant tendance à « déléguer » ses pouvoirs de décision. L'expert ne dit plus simplement le fait, mais participe à l'élaboration du droit, transformant le juge en simple greffier de la science[248] et le tribunal en simple chambre d'enregistrement des expertises[249]. Cette « dictature de la science »[250] dans les prises de décision est dangereuse. La vérité juridique et judiciaire ne se réduit pas à une vérité scientifique, et ce, spécialement lorsqu'il est question du principe de précaution qui est à la croisée de considérations éthiques, politiques, économiques et sociales. Au sujet de cette « scientifisation du droit »[251], il faut se rappeler les mots de Bruno Latour : « Il devient urgent de ne pas demander aux sciences de trancher et de ne pas exiger du droit qu'il dise vrai »[252]. Pousser ces deux valeurs à l'extrême, trop de juste et trop de vrai, rend le raisonnement probatoire appliqué au principe de précaution plus difficile. D'autres obstacles se rapportent au principe de précaution.

---

245 Olivier LECLERC, « La distinction entre 'la preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente? », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 55 et suiv.

246 Eve TRUILHÉ-MARENGO (dir.), La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, Paris, La documentation française, 2011.

247 Marie-Angèle HERMITTE, « L'administration de la preuve scientifique dans les dispositifs juridiques », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 97 et suiv.

248 G.J. MARTIN, « La 'vérité' scientifique à l'épreuve du droit. L'exemple du droit de l'environnement », préc., note 14, p. 17.

249 Cette domination technique s'accompagne désormais d'une domination psychologique mise en lumière par les sociologues, Laurence DUMOULIN, « Les experts judiciaires. Droit, science et enjeux professionnels », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 299 et suiv.

250 Jacques MOURY, « Les limites de la quête en matière de preuve. Expertise et *jurisdictio* », *RTDciv.* 2009.665 et suiv., spécialement n° 5, p. 668.

251 E. TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », préc., note 17, spécialement p. 21 et suiv.

252 B. LATOUR, préc., note 21, p. 257.

B. Les raisons propres au principe de précaution

10. Ce qui pourrait faire obstacle à la mise en œuvre cohérente et rigoureuse des principes probatoires repose sur un autre paradoxe. Tantôt les conditions du principe de précaution sont jugées trop larges (1), tantôt les conditions sont jugées trop strictes et incitent les parties à adopter une certaine stratégie probatoire (2).

1°/ Des conditions jugées trop larges

11. Le principe de précaution s'appuie sur un ensemble de concepts trop larges soit parce qu'ils relèvent du domaine scientifique, soit parce qu'ils relèvent de la catégorie des standards juridiques.

12. **Concepts scientifiques –** Il existe, tout d'abord, une prédominance des concepts scientifiques[253]. Ce qui est vrai du droit de l'environnement en général (écosystème, biodiversité, habitats, etc.) l'est particulièrement du principe de précaution. Ce droit a été à l'origine élaboré par un ensemble d'ingénieurs[254]. Les renvois à des données scientifiques sont nombreux comme l'illustre la communication de la Commission européenne du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution[255]. Il y est plus souvent question de « données » que de « preuves »[256] et ces données sont souvent accolées à des termes révélant toute l'incertitude qui les entoure : données « controversées », « faisant défaut », « insuffisantes », « incertaines », « peu concluantes ». Il appartient au législateur et au juge d'accaparer ces données douteuses de la science et de les juridiciser. Ils le font à vrai dire au moyen

---

253 M. BOUTONNET, « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement? », préc., note 2; Raphaël ROMI, « Science et droit de l'environnement. La quadrature du cercle », A.J.D.A. 1991.432 et suiv.

254 Martine RÉMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1989, spécialement p. 57.

255 COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Bruxelles, 2 février 2000, COM(2000) 1 final.

256 Chiffrage 39 données contre 19 preuves, élaboré par M.-A. HERMITTE, préc., note 28, spécialement p. 99 et suiv.

de standards juridiques qui ajoutent au caractère large et flou des conditions probatoires du principe de précaution.

13. Standards juridiques – L'article 5 de la Charte de l'environnement utilise toute une série de termes évolutifs et subjectifs supposant une appréciation au cas par cas. Il est question de « l'état des connaissances scientifiques », de la « réalisation incertaine d'un dommage », de dommages pouvant affecter « de manière grave et irréversible l'environnement », d'« évaluation des risques » et de « mesures provisoires et proportionnées ». L'article L. 110-1 C. envir. fait quant à lui formellement référence au « coût économiquement acceptable », simplement sous-entendu au sein de la Charte. Ces caractères contingents et contextuels se retrouvent au sein des *guidelines* de la Commission, « petit guide-âne » adressé aux États. Trois étapes sont distinguées : l'évaluation du risque, la gestion du risque et la communication du risque. La première étape est « une évaluation scientifique aussi complète que possible et, si possible, déterminant à chaque stade le degré d'incertitude scientifique » (n° 4). Les décideurs publics déterminent ensuite ce qui correspond à un « risque acceptable » (n° 5). Au stade de la gestion du risque, il faut privilégier des mesures « proportionnées », n'introduire aucune « discrimination », prendre des mesures « cohérentes avec des mesures similaires déjà adoptées », établir un bilan coûts/avantages et tenir compte des « nouvelles données scientifiques ». On comprend l'importante marge de manœuvre dont disposent les politiques et les juges pour la mise en œuvre du principe de précaution et le soupçon d'arbitraire qui peut naître dans les esprits. Le principe de précaution relativise ainsi le syllogisme formel au profit d'une pondération des intérêts. La logique du raisonnable l'emporte sur celle du rationnel[257].

Les conditions de mise en œuvre du principe de précaution sont, en même temps et paradoxalement, considérées comme trop strictes.

2°/ Des conditions jugées trop strictes

[257] Sur cette distinction faite par Chaïm Perelman, voir Ruth AMOSSY, « Les enjeux du 'raisonnable'. Rhétorique de la persuasion et rhétorique du dissensus », dans Benoît FRYDMAN et Michel MEYER (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, spécialement p. 19.

14. Stratégie d'évitement – Devant l'imprévisibilité des conditions de mise en œuvre du principe de précaution et la difficulté à surmonter le doute qui irradie ce principe, certains ont fait le choix d'une stratégie d'évitement qui consiste à jouer sur les qualifications et, par voie de conséquence, sur l'objet de la preuve[258]. L'effet pervers d'une telle stratégie est une tendance « régressive »[259] consistant à se détourner du principe de précaution réduisant ainsi son effectivité.

15. L'affaire des antennes de téléphonie mobile : le risque purement hypothétique – Le symbole de cette stratégie demeure l'affaire des antennes de téléphonie mobile. Les rapports d'expertise concluent à l'absence de preuve scientifique de dommages pouvant être causés par la proximité d'antennes de téléphonie mobile. L'absence de risque en revanche n'est pas établie avec certitude. Le principe de précaution, supposant un risque probable ou sérieux, ne peut être utilement invoqué. C'est la raison pour laquelle certaines juridictions se sont détournées du principe de précaution, sans pour autant abandonner une certaine démarche de précaution, et ont décidé que l'absence de preuve d'une absence de risque a fait naître un sentiment d'angoisse certain et doit justifier des mesures telles que le retrait des antennes. Ainsi, la cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 4 février 2009[260], confirme le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre le 18 septembre 2008[261]. La crainte d'un risque sanitaire est analysée comme un trouble anormal de voisinage[262].

16. Le cas des expertises contradictoires – Cet évitement est parfois motivé par l'embarras du juge qui se trouve en face de deux séries de rapports d'expertise tout aussi convaincants l'un que l'autre. Dans ce cas de figure, il n'est pas rare que le juge se détourne des expertises pour se fonder sur

---

258 Etienne VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile. Preuve et conditions de la responsabilité civile », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 129 et spécialement p. 158.

259 Michel PRIEUR et Gonzalo SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, qui défendent un « principe de non-régression ».

260 Versailles, 4 fév. 2009, J.C.P. éd. E.2009.II.1336, note Borel.

261 Trib. gr. inst. Nanterre, 18 sept. 2008, D. 2008.2916, note Boutonnet.

262 Pour une analyse critique, Philippe BRUN, « Des antennes de téléphonie mobile, de la responsabilité civile y afférente et de quelques autres considérations. Notations sommaires sur le contentieux 'des ondes' », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, préc., note 13, p. 75 et suiv.

d'autres éléments. Tel fut le cas de la Cour internationale de justice dans l'affaire « Danube » ayant donné lieu à une décision du 25 septembre 1997[263].

Cette stratégie d'évitement ne peut pas être approuvée notamment parce qu'elle contrevient à l'effectivité du principe de précaution. Il paraît plus opportun, pour rationaliser le droit de la preuve appliqué au principe de précaution, de penser ou de repenser les principes applicables. Une fois les obstacles qui se dressent entre le droit de la preuve et le principe de précaution surmontés, il peut être proposé une adaptation des principes probatoires.

II. Adapter les principes

17. Doute raisonnable et relativité de la trilogie objet/charge/modes de preuve – Le doute raisonnable, standard de preuve, est au cœur des conditions de mise en œuvre du principe de précaution. Ce standard doit être également rattaché à la notion de risque acceptable ou inacceptable qui conditionne le déclenchement du principe de précaution et la gestion des risques. Ce curseur du doute raisonnable explique que la trilogie entre objet, charge et modes de preuve soit perturbée. Les frontières entre ces trois étapes du raisonnement probatoire deviennent poreuses. Pourtant, même si cette trilogie doit être relativisée, elle suffit à rendre compte, à la manière d'idéaux types, de la singularité du raisonnement probatoire dans le champ du principe de précaution.

Pour clarifier ce processus probatoire, il convient de procéder en trois temps : identifier l'objet à prouver (A), répartir la charge probatoire (B) et moduler les modes de preuve (C).

A. L'identification de l'objet de la preuve

18. L'incertitude domine le principe de précaution et rejaillit sur l'objet de la preuve. Le demandeur qui s'adresse à une autorité publique ou à un juge doit surmonter l'irréductible incertitude qui entoure le principe de précaution et perturbe le raisonnement probatoire.

---

263 Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c./ Slovaquie) », (1997) 43 *AFDI* 286.

19. Risque vraisemblable, doute raisonnable et standard de preuve – La question du degré de certitude ou d'incertitude est à mi-chemin entre l'objet, la charge et les modes de preuve. Le demandeur doit prouver que le fait est vraisemblable et qu'il existe un doute raisonnable qui justifie le déclenchement du principe de précaution. Ce mode de raisonnement rappelle les standards de preuve familiers aux systèmes de *common law*[264]. En matière civile, il s'agit du *balance of probabilities*. Il faut établir que la prétention est plus probable qu'improbable. Le juge doit retenir les preuves les plus convaincantes avancées par les deux parties. Il s'agit de la *preponderance of evidence*[265]. En matière pénale, le degré de doute raisonnable est plus restreint[266]. Le standard du *beyond reasonable doubt* oblige le juge, pour retenir la culpabilité d'un individu, à n'avoir aucun doute raisonnable sur les éléments caractéristiques de l'infraction[267].

20. La singularité du doute raisonnable en tant que standard de preuve – Dans le cadre du principe de précaution, il suffit d'établir l'existence d'un doute raisonnable. Ce seuil se trouve en deçà du standard du *balance of probabilities*, car il n'est pas nécessaire d'établir un fait plus probable qu'improbable, mais seulement d'apporter des éléments établissant un doute raisonnable sur l'existence d'un risque de causer un dommage grave ou irréversible. La détermination de ce seuil décisionnel n'est pas chose aisée. Ce doute raisonnable concerne, principalement, le risque. Ce risque, à l'égard duquel le degré d'exigence varie selon les auteurs, peut être « possible »[268], « probable »[269], « plausible »[270],

---

264 Michele TARUFFO, « Rethinking the Standards of Proof », (2003) 51 *AM. J. COMP. L.* 659; ajouter Patrick KINSCH, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », dans *De code en code. Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 456.

265 Henry Campbell BLACK, *Black's Law Dictionary. Abridged Sixth Edition*, St. Paul, West Publishing Co., 1993, v° « Burden of proof ».

266 Sur la différence entre intime conviction et standards de preuve, voir Frédérique FERRAND, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, spécialement n° 480 et suiv.

267 H.C. BLACK, préc., note 46, v° « Reasonable doubt ».

268 Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile? », *RTDciv.* 1999.561.

269 Nicolas DE SADELEER, *Le principe de précaution dans le monde*, Paris, Fondation Jean-Jaurès et Fondation pour l'innovation politique, 2011.

270 P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 18, spécialement p. 41.

« sérieux »[271], « suspectable »[272]. En un mot : un risque « vraisemblable ». À partir de quel degré, de quelle intensité, peut-on considérer que ce doute raisonnable justifie la mise en œuvre du principe de précaution?

21. L'absence de preuve de l'absence de risque – En premier lieu, une certitude s'impose : l'absence de preuve de l'absence de risque ne suffit pas à déclencher le principe de précaution. Il ne faut pas succomber à « l'idéologie de la peur »[273]. Céder aux sirènes du « catastrophisme » constitue une menace pour l'innovation et pour les libertés économiques[274]. Il faut préserver « la liberté de prendre des risques »[275]. Pourtant, certaines juridictions ont parfois été séduites par ce mode de raisonnement comme l'illustre une décision du Conseil d'État du 9 mars 2007 (Schwartz)[276]. Ces hésitations expliquent qu'une proposition de loi constitutionnelle votée par le Sénat visant à modifier la Charte de l'environnement défend la consécration, à côté du principe de précaution, d'un principe d'innovation[277], plus que douteux, mais proposé en réaction aux dérives du principe de précaution.

22. Éviction d'un risque purement hypothétique – Il faut, en deuxième lieu, exclure les risques purement hypothétiques. Cette exclusion d'un risque purement hypothétique découle de l'analyse

---

271 M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 6, spécialement n° 1110 et suiv., p. 550 et suiv.

272 Denis MAZEAUD, «Responsabilité civile et précaution», *Resp. civ. et assur.,* 2001.72.

273 Hans JONAS, *Le principe de responsabilité*, Paris, Cerf, 1990, p. 116.

274 Olivier GODARD, « Les transmutations de la preuve sous l'égide du principe de précaution », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 259.

275 Hugo BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Marseille, P.U.A.M., 2011.

276 Cons. d'Ét. 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, Lebon p. 118. On peut citer dans le même esprit un jugement du tribunal de grande instance de Nevers du 22 avril 2010 : Trib. gr. inst. Nevers, 22 avril 2010, *Resp. civ. et assur.* 2010.

277 Au cours de sa réunion du 14 mai 2014, la commission des lois a émis un avis favorable et le Sénat a voté le 30 mai en faveur de cet amendement. *Proposition de loi constitutionnelle visant à modifier la Charte de l'environnement pour exprimer plus clairement que le principe de précaution est aussi un principe d'innovation*, avis n° 532, 14 mai 2014.

de nombreuses décisions de la Cour de cassation. Par exemple, par un arrêt du 18 mai 2011[278], la Cour de cassation a écarté toute mise en œuvre du principe de précaution en raison d'« incertitudes notables ». Ce rejet d'un risque purement hypothétique existe également en droit de l'Union européenne. Le tribunal de première instance de la communauté européenne du 11 septembre 2002, « affaire Pfitzer », a décidé que « le principe de précaution ne peut donc être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondé sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré »[279].

23. Prouver des faits rendant le risque de dommages graves ou irréversibles vraisemblable – Enfin et en troisième lieu, le demandeur doit établir un risque qui pour être vraisemblable n'a pas pour autant besoin d'être certain. Ce caractère vraisemblable est une condition d'acceptabilité et de légitimité de la décision politique ou juridique. Ce faisant, l'établissement des éléments déclencheurs du principe de précaution ne peut totalement se détourner des données scientifiques. La décision politique ou judiciaire doit s'appuyer sur des « approximations raisonnables »[280]. On attend du politique ou du juge qu'il agisse avec raison[281]. Cette place irréductible accordée aux expertises scientifiques, même si elles sont minoritaires, figure au sein même des directives fournies par la Communication de la commission européenne[282]. Cette place légitime accordée aux données scientifiques est également rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt « Tatar » du 27 janvier 2009, favorable à un raisonnement probabiliste : « les pathologies modernes se caractérisent par la pluralité de leurs causes », mais une hypothèse n'est admise que dans « le cas d'une

---

278 Civ. 3e,18 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 80, Proposition de loi constitutionnelle visant à modifier la Charte de l'environnement pour exprimer plus clairement que le principe de précaution est aussi un principe d'innovation. Rapprocher avec Civ. 3e, 3 mars 2010, D. 2010.2419, note Bouchet Le Mappian.

279 *Pfizer Animal Health SA* c. *Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-13/99, [2002] Rec. C.E. II-3318, par. 139-148.

280 « Approximations » car il s'agit « d'énoncés qui, pour être utilisables par le droit, évincent une part de doute scientifiquement fondé ». « Raisonnables » en ce que « la distance de ces énoncés par rapport à la connaissance scientifique correspondante n'est pas choquante », A.-L. SIBONY, préc., note 22, p. 175 et 176.

281 Voir cette référence à la raison dans certains codes de procédure civile étrangers : C.p.c. Argentin, art.386; C.p.c. Colombien; art. 187, 216, 261, 264 et 278.

282 « La mise en œuvre d'une approche fondée sur le principe de précaution devrait commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible », point 4. Voir dans le même esprit, la *Résolution n° 837 du 1er fév. 2012 sur la mise en œuvre du principe de précaution*.

incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants »[283], éléments qui faisaient en l'espèce défaut.

24. Une donnée politique : le caractère acceptable du risque – Une fois l'évaluation scientifique réalisée et le risque devenu vraisemblable, la décision de mettre en œuvre le principe de précaution ne relève plus à strictement parler du droit, mais de la politique. En effet, c'est au décideur à ce stade de préciser si le risque ainsi établi de manière incertaine est acceptable ou non selon les circonstances de temps et de lieu, risque acceptable qui figure expressément dans les directives données par la communication de la Commission[284] et qui est rappelé par la résolution du 1er février 2012 de l'Assemblée nationale. L'État prendra des mesures s'il juge que le risque vraisemblable est inacceptable. Quant au juge, faisant appel à son intime conviction, il décidera si ce risque incertain justifie ou non de déclencher le principe de précaution.

Après avoir déterminé, autant que faire se peut, l'objet de la preuve, il convient de s'interroger, essentiellement à l'occasion d'un procès, sur la répartition de la charge probatoire.

B. La répartition de la charge probatoire

25. Charge de la preuve + risque du doute = charge probatoire – La charge probatoire[285] comprend la notion de charge de la preuve et celle de risque de la preuve. La charge de la preuve suppose de déterminer qui doit prouver et jusqu'à quel degré. Le risque de la preuve ou risque du doute amène à déterminer qui succombera au procès en cas de doute persistant. Dans le cadre de la charge probatoire, il s'agit moins de procéder à une attribution que de réaliser une répartition de la charge probatoire entre les parties et entre ces dernières et le juge. Les principes qui gouvernent cette répartition

283 CEDH, 27 janv. 2009, Tatar c/ Roumanie, Rev. jur. env. 2010. p. 61, note J.-P. Margenaud et S. Nadaud.

284 « Juger ce qui est un niveau 'acceptable' de risque pour la société est une responsabilité éminemment politique. Les décideurs confrontés à un risque inacceptable, à une incertitude scientifique et aux préoccupations du public ont le devoir de trouver des réponses », COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, préc., note 36, point 5.2.1.

285 Selon notre propre terminologie, Mustapha MEKKI, « Regards substantiels sur le risque de la preuve », dans M. MEKKI et L. CADIET (dir.), *La preuve : regards croisés*, préc., note 2.

de la charge probatoire doivent être adaptés à la spécificité du principe de précaution. Qui doit prouver le risque probable et qui doit succomber à l'existence d'un risque hypothétique? La réponse se fait en deux temps et suppose une adaptation de la charge de la preuve et du risque de la preuve.

1°/ L'adaptation de la charge de la preuve

26. La charge de la vraisemblance – Lorsque la loi n'attribue pas spécialement la charge de la preuve, on se réfère traditionnellement à la règle de l'article 9 du Code de procédure civile. C'est au demandeur de prouver ce qu'il allègue. Selon la présentation de Henri Motulsky, celui qui invoque un droit doit alléguer les faits qui figurent dans le présupposé de la règle[286]. Plus précisément, la charge de la preuve renvoie à la charge de la vraisemblance des faits allégués. Dans le cadre du principe de précaution, il appartient alors au demandeur de prouver que les conditions de mise en œuvre du principe de précaution sont réunies (risque sérieux ou probable et dommages graves ou irréversibles). Si des mesures ont été prises, il appartient à celui qui en conteste le caractère provisoire ou proportionné de le prouver. L'inconvénient dans l'hypothèse du principe de précaution est que le demandeur n'a pas toujours accès à l'information, souvent protégée par le secret des affaires, et n'a pas toujours les moyens financiers d'établir les preuves exigées, notamment en recourant aux expertises, condition préalable à toute mise en œuvre du principe. La procédure civile peut-elle s'adapter à cette singularité?

27. Absence de renversement de la charge de la preuve – Au préalable, il convient de rappeler que la consécration du principe de précaution n'a pas entraîné un renversement de la charge de la preuve[287]. Même dans les hypothèses où une autorisation préalable est imposée[288], il s'agit moins d'un renversement de la charge de la preuve que de la mise en place d'une obligation substantielle (obligation d'évaluation, d'expertise, de suivi, etc.).

---

286 Henri MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Sirey, Dalloz, 1948, p. 106.

287 Il s'agit surtout de la doctrine internationaliste.

288 OGM, médicaments etc. Voir spécialement en droit minier, Arnaud GOSSEMENT, Droit minier et droit de l'environnement. Éléments de réflexion pour une réforme relative à l'évaluation environnementale, à l'information et à la participation du public, Rapport remis à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Paris, 12 octobre 2011, spécialement p. 236 et suiv.

28. Principe de coopération probatoire – Il convient, tout d'abord, de relativiser la répartition traditionnelle et dogmatique de la charge de la preuve. La charge de la preuve ne concerne pas les seules parties au procès. Le juge joue désormais un rôle actif dans la répartition de la charge probatoire. Prédomine désormais dans le procès civil un principe de coopération entre les parties et le juge, qui rejaillit sur le processus probatoire. L'article 10 du Code civil dispose en ce sens que chacun doit contribuer à la recherche de la vérité. Cette contribution à la vérité peut être encouragée par le juge qui peut ordonner la production de pièces ou ordonner des mesures d'instruction (art. 11 et 142 et s. CPC). Les parties peuvent également solliciter l'aide du juge au moyen du référé probatoire de l'article 145 du même code. Cette procédure permet « de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Enfin, un droit à la preuve émerge permettant d'opérer quelques rapprochements avec la procédure de *discovery* des systèmes de *common law*[289]. Ce droit formellement consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012[290] renforce les droits des parties au procès et incite le juge à jouer un rôle plus actif[291]. Cette coopération entre le juge et les parties est particulièrement utile dans le cadre du principe de précaution en raison du difficile accès matériel, intellectuel et financier à l'information.

29. « Aptitude à la preuve », production de pièces et mesures d'instruction – Cependant, plusieurs obstacles doivent encore être surmontés. Concernant les mesures d'instruction, elles ne doivent pas autoriser le juge à se substituer à la carence des parties (art. 146 CPC). Il semble, à ce titre, que la jurisprudence exige un « commencement de preuve », que ce soit dans le procès civil ou administratif, pour pouvoir ordonner des mesures d'instruction[292]. Ce « commencement de preuve » renvoie finalement à une certaine vraisemblance des faits allégués, ce qui est difficile à établir en matière de santé ou d'environnement. Est-ce un obstacle infranchissable? À vrai dire, la jurisprudence est plus flexible qu'il

---

289 Défendant une forme de *discovery* en matière environnementale, voir Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 516.

290 Civ. 1re, 5 avril 2012, Bull. civ. I, n° 85. Pour une étude d'ensemble, Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010.

291 Dans le même esprit, on peut citer l'article 13.5 des Principes Unidroit et de l'American Law Institute qui consacre le droit d'exiger la production de pièces déterminées à certaines conditions.

292 Sur ce point, M. MEKKI, « Regards substantiels sur le risque de la preuve », préc., note 66.

n'y paraît. La Cour de cassation semble sanctionner toute substitution du juge en cas de carence fautive du demandeur. En revanche, si la partie ne peut pas pour des raisons légitimes établir cette vraisemblance des faits, si elle n'est pas apte à le faire, le juge doit pouvoir l'assister[293]. La notion clé est celle d'aptitude à la preuve[294]; notion précieuse dans le cadre du principe de précaution où la partie demanderesse n'est pas toujours la plus apte à établir une certaine vraisemblance des faits avant toute mesure d'instruction.

30. « Aptitude à la preuve » et référé probatoire – L'autre obstacle pourrait concerner l'article 145 du CPC. Certes, cette procédure n'est pas soumise aux dispositions de l'article 146 CPC. Le juge peut se substituer à la carence des parties[295]. Certes, également, le secret des affaires ne fait pas obstacle aux mesures ordonnées dans le cadre de cette disposition. Cependant, le référé probatoire peut être refusé en cas de « motifs légitimes ». Or, la jurisprudence, encore récemment, considère que si les mesures demandées paraissent inutiles, le juge peut ne pas donner suite à la demande des parties[296]. Dans le même esprit, en quelque sorte, à défaut d'une simple vraisemblance des faits, il n'est pas exclu que le juge considère qu'il n'est pas utile d'ordonner la production de pièces ou des mesures d'instruction[297]. Cependant, de nouveau, ce principe peut être assoupli par référence au « critère » de l'aptitude à la preuve. Si le juge considère que la partie n'est pas apte financièrement ou intellectuellement à établir ne serait-ce qu'une vraisemblance, il pourrait donner droit au demandeur. En ce sens d'ailleurs, certaines décisions n'hésitent pas à utiliser l'article 145 CPC pour établir la simple vraisemblance de faits pourtant imposée par la loi. Tel est le cas d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2012 par lequel un salarié a pu établir les adminicules exigés par la loi en matière de discrimination au moyen du référé probatoire, le dispensant en quelque sorte d'établir la vraisemblance des faits nécessaire au transfert du risque de la preuve sur l'employeur[298]. Pourquoi ne pas aller plus loin et, dans le cadre de l'article 145

---

293 Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t. 1, Marseille, P.U.A.M., 2013, p. 465.

294 Sur cette notion, voir Philippe BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Grenoble, 1993.

295 Soc., 19 déc. 2012, *Bull. civ*. V, n° 341.

296 Civ. 2e, 20 mars 2014, *Bull. civ*. II, n° 78.

297 Sur ce point, voir F. GIRARD, préc., note 74, n° 263, p. 467.

298 Soc., 19 déc. 2012, préc., note 76.

CPC, mettre à la charge du défendeur économiquement plus apte le financement des mesures d'instruction demandées par le demandeur? De manière prospective encore, et pour remédier à l'inaptitude financière du demandeur, spécialement en matière environnementale et sanitaire, il pourrait être mis en place une aide juridictionnelle qui n'aurait pas pour critère d'attribution le niveau social, mais la nature de la cause défendue[299].

Finalement, la charge de la vraisemblance des faits, pouvant emporter la conviction du juge, semble varier selon les circonstances et repose sur un critère déterminant : l'aptitude à la preuve ou plutôt l'aptitude à la vraisemblance. Cette flexibilité de la répartition de la charge probatoire est ainsi en accord avec les propositions de P. Kourilsky etG. Viney lorsqu'ils défendent, dans le cadre du principe de précaution, une charge de la preuve répartie en fonction des circonstances[300].
Après la charge de la vraisemblance, la charge probatoire renvoie au risque du doute.

2°/ L'adaptation du risque du doute

31. Le doute, objet du principe de précaution – Le risque du doute peut être attribué par la loi au moyen de présomptions antéjudiciaires[301]. Des dispositions législatives peuvent également avoir directement pour objet la charge du doute persistant. Le doute profite ainsi au salarié, à la personne poursuivie, à la victime d'une discrimination...[302] Elle peut également être attribuée par le juge qui use souvent de manière informelle d'un faisceau d'indices (normalité, situation acquise, aptitude à la preuve, etc.)[303]. Cette question doit être adaptée une fois encore à la singularité du principe de précaution. En effet, raisonner en termes de risque du doute n'a pas grand sens, car le doute est persistant en la matière et est l'objet même de la preuve. La preuve d'un doute raisonnable conditionne la mise en œuvre du principe de précaution. Deux questions peuvent alors être abordées sous l'angle du risque du doute. Tout

299 En ce sens, L. NEYRET, préc., note 70, p. 515.
300 P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 18.
301 Jérémie BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. 2, 3e éd., Bruxelles, 1840, p. 11 et suiv.; Jean CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi.,* Paris, Les cours de droit, 1958-59, p. 219.
302 Sur toutes ces hypothèses, Mustapha MEKKI, « Le risque de la preuve », dans Dany COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, L.G.D.J., 2010. Ajouter M. MEKKI, « Vérité et preuve », préc., note 15.
303 Sur ces indices, M. MEKKI, « Regards substantiels sur le risque de la preuve », préc., note 66.

d'abord, peut-on envisager de poser un principe selon lequel le doute profite à la nature[304] ? Un tel raisonnement serait dangereux, car il permettrait de nouveau de transformer un « principe d'action » en règle d'abstention[305]. Ensuite, comment se traduit le risque du doute dans le cadre du principe de précaution? En principe, c'est celui qui se prévaut du principe de précaution qui en supporte le risque à défaut d'avoir établi l'existence d'un doute raisonnable, l'existence d'un risque vraisemblable. Si une rationalisation de la combinaison de la charge de la preuve et du risque du doute était possible, elle pourrait s'inspirer de ce qui existe en matière de harcèlement ou de discrimination[306].

32. Allégation de faits précis, concrets et sérieux et risque de la preuve – Celui qui se prévaut d'un harcèlement ou d'une discrimination doit alléguer un certain nombre de faits précis, concordants, sérieux[307], permettant d'établir une vraisemblance et faire alors peser le risque de la preuve sur l'employeur. En définitive, n'est-ce pas à peu près le mode de raisonnement qu'on retrouve dans le cadre du principe de précaution? Il faut alléguer des faits, en se fondant notamment sur des données scientifiques, rendant vraisemblables l'existence d'un risque de causer des dommages graves ou irréversibles. Une fois cette vraisemblance établie, il appartient à l'entreprise concernée, par exemple, de prouver l'absence d'un tel risque sérieux. À défaut, cette dernière supporte le risque du doute. Un nouvel article relatif à la charge probatoire pourrait ainsi être rédigé : « le demandeur présente des éléments de fait, au moyen notamment de données scientifiques, laissant supposer l'existence d'un risque sérieux de causer des dommages graves ou irréversibles. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver l'absence de risques sérieux. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Cette disposition pourrait être soit une règle générale applicable à toutes les questions relatives au principe de précaution, soit faire l'objet de dispositions spéciales selon le domaine concerné (pesticides, médicaments, additifs alimentaires, etc.).

---

304 In dubio pro natura.

305 Voir le projet de loi prévoyant d'introduire dans l'article 5 accolé au principe de précaution un principe d'innovation pour rappeler qu'il ne s'agit pas d'une règle d'abstention.

306 C. trav., art. L. 1134-1. Et, dans des termes proches, C. trav., art. L. 1154-1.

307 Voir par exemple, Soc. 12 juin 2013, *Bull. civ.* V, n° 156; Soc. 3 juill. 2012, n° 11-11.059.

Ce mode de raisonnement probatoire n'a finalement rien d'original, car il est celui que le législateur a finalement consacré dans des domaines où il existe une inégalité entre les parties, une volonté forte de garantir l'effectivité des règles et une incertitude dominante.
Après l'objet et la charge probatoire, ce sont les modes de preuve qui doivent donc être modulés.

C. La modulation des modes de preuve

33. Cette question est inextricablement liée aux deux premières : quels sont les modes de preuve les plus adaptés pour établir un risque vraisemblable permettant de faire peser le risque du doute sur le défendeur? Parmi les modes de preuve, les expertises scientifiques constituent une étape préalable. Cependant, elles restent un élément de preuve parmi d'autres. En somme, la preuve se fait par la science (1), mais également au-delà de la science (2).

1. Par la science

34. Expertises et procès – L'évaluation scientifique est un préalable à toute mise en œuvre du principe de précaution[308]. L'expertise concerne, tout d'abord, le contentieux du principe de précaution. Elle peut être conventionnelle, choix d'un expert d'un commun accord, unilatérale, choix par une seule des parties, ou judiciaire lorsqu'elle est ordonnée par le juge. L'expertise occupe une place fondamentale et croissante en la matière[309]. Il est donc d'autant plus important, face au risque de dépendance du juge, de poser des règles de procédure très strictes garantissant le recours à une expertise établie de manière juste et loyale. Les règles du procès devraient suffire en imposant le respect du contradictoire, de l'impartialité et de l'indépendance[310]. Cependant, il faut également penser à encadrer les expertises établies hors de tout procès, élaborées pour les besoins éventuellement d'une prise de position politique. La légitimité des décisions politiques et judiciaires est directement tributaire de la

308 Voir supra.
309 E. TRUILHE-MARENGO, La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, préc., note 27.
310 Sur l'ensemble de ces principes, Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7e éd., LexisNexis, 2011, n° 615 et suiv. p. 463 et suiv.

qualité de ces expertises. Les expertises non contentieuses constituent de plus en plus souvent, d'ailleurs, le cœur de la motivation de certaines décisions judiciaires[311]. La « loyauté, la qualité et l'accessibilité »[312] de ces expertises doivent donc être garanties par des règles prévenant les risques de conflits d'intérêts, instaurant une certaine transparence, encourageant la compréhensibilité des rapports d'expertise et promouvant le contradictoire et le principe d'égalité des armes[313]. La création d'une autorité administrative de l'expertise a, en ce sens, été proposée par le rapport du groupe présidé par Yves Jégouzo sur le préjudice écologique[314] et la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte a mis en place une commission nationale de la déontologie et des alertes qui doit veiller au respect des règles déontologiques applicables à l'expertise scientifique et technique (art. 2) et doit émettre des recommandations en ce sens[315].

Les expertises judiciaires et non judiciaires, publiques ou privées, sont au cœur du contentieux relatif au principe de précaution. Cependant, ces expertises, reléguant le plus souvent au second plan les questions sociales et éthiques, ne suffisent pas. Il faut donc aller au-delà de la science.

---

311 Sur cette référence, voir M. BOUTONNET, « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement? », préc., note 2. Ainsi dans l'affaire des antennes relais de la cour d'appel de Versailles du 4 février 2009, préc., note 41, où les parties et le juge ont sollicité le rapport établi par l'État, rapport Zmirou, et le rapport privé établi par « bio-initiative ». Dans le même esprit, l'affaire « Erika » (Mathilde BOUTONNET, « L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement et développement durable* 2013, étude 2) a été l'occasion d'une référence faite aux rapports Chassé et Costanza. On peut également citer l'affaire de cet insecticide, le « Gaucho », à l'occasion de laquelle diverses études et avis de la Commission d'études de la toxicité des produits antiparasitaires à usage agricole étaient cités.

312 M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, préc., note 6, n° 861, p. 423.

313 Dominique PESTRE, « Des preuves dans les pratiques scientifiques et dans les pratiques juridiques. Prolégomènes à une conversation », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, préc., note 14, p. 33 et suiv.

314 Yves JEGOUZO (dir.), Pour la réparation du préjudice écologique. Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane TAUBIRA, garde des sceaux, ministre de la Justice, 2013, proposition 4 : création d'une haute autorité environnementale.

315 François-Guy TREBULLE, Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013, Environnement, 2013, n° 8, étude 21.

2. Au-delà de la science

35. Quels sont les modes de preuve qui doivent être encouragés dans le cadre du principe de précaution? Il faut ici distinguer deux hypothèses : le cas où existe un procès et le cas hors procès.

36. Preuve non scientifique et procès – Dans le cadre d'un procès relatif au principe de précaution (norme ou principe directeur), les parties doivent établir des faits rendant vraisemblable un risque qui pourrait causer des dommages graves ou irréversibles. Pour ce faire, des faits quelconques ne suffisent pas. Il faut établir un ensemble de faits concordants, précis, concrets. Un lien peut être établi avec les présomptions du fait de l'homme de l'article 1353 du Code civil qui renvoient aux indices précis, graves et concordants. L'arrêt « Pfizer » du Tribunal de première instance des communautés européennes du 11 septembre 2002 en fait usage[316]. Ces présomptions dépassent les limites de la vérité scientifique. Le contentieux du vaccin contre l'hépatite B et les cas de sclérose en plaques en est une parfaite illustration : l'absence d'un lien de causalité scientifique n'exclut pas l'existence d'un lien de causalité juridique dès lors que des indices graves, précis et concordants existent[317]. Les données scientifiques doivent demeurer un indice parmi d'autres. Dans le cadre précis du principe de précaution, on pourrait reprocher à ces indices précis, graves et concordants d'accorder une marge d'appréciation trop importante au juge. Pour y remédier, il faudrait renforcer la rationalité de ce mode de preuve. Cela passerait, tout d'abord, par la mise en place d'une nomenclature des indices dans ce domaine. On identifierait les indices négatifs (absence d'autres explications) et les indices positifs (concomitance des évènements, statistiques, probabilités, etc.). La jurisprudence use souvent en cas de causalité simple de ce type d'indices[318]. Cette nomenclature ou ce référentiel pourrait être consacré par la loi. En complément, la Cour de cassation ou le Conseil d'État devrait en garantir le respect. La Cour de cassation, notamment, viendrait limiter les risques d'une appréciation souveraine des juges du fond par un contrôle strict de la motivation.

---

316 Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne, préc., note 60, par. 244 et 297.

317 Civ. 1re, 22 mai 2008, J C.P. G. 2008.I.186.

318 Voir par exemple : Civ. 2e, 13 oct. 1971, D.1972.117.

37. La recherche d'une solution amiable – Enfin, si le doute est omniprésent peut-être faut-il dans le cadre d'un différend portant sur le principe de précaution encourager les procédures alternatives : encourager un débat sur la preuve avant même tout procès, sorte de phase préalable probatoire au cours de laquelle les parties peuvent discuter voire se mettre d'accord sur les termes du futur litige[319], ou privilégier les modes alternatifs de règlement de conflits.

38. Preuve non scientifique hors procès – Hors de tout procès, il faut comprendre que le principe de précaution est aux confins des questions politiques, économiques, sociales, éthiques qui imprègnent la notion de risque acceptable. Cette notion d'acceptabilité, qui n'est pas absente de toute décision de justice qui pour être légitime doit s'appuyer sur des preuves qui permettent à la collectivité d'approuver la solution, est surtout présente dans les prises de décision politique. Comment peut-on faire en sorte que les décisions politiques et juridiques soient acceptées par la collectivité?

39. Un accord sur le risque subi – L'un des principaux moyens consiste à multiplier les nomenclatures, référentiels ou autres chartes et codes de bonne conduite dans lesquels des seuils d'exposition au risque ont fait l'objet d'un accord entre les parties prenantes. Plus largement, devraient être encouragés les débats publics entre l'État, les entreprises et les autres membres de la société civile en vue de déterminer ensemble l'intensité du risque acceptable[320]. Cela pourrait se faire dans le cadre d'une médiation environnementale[321], de conférences citoyennes ou de comités citoyens composant certaines autorités administratives. Ces référentiels ou seuils convenus dans le cadre de « pactes » ou « accords divers » serviront éventuellement aux juges à renforcer la légitimité de leur décision. Tel fut le

---

319 Sur les pre-action protocols: Martin PARTINGTON, *Introduction to the English Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 207 et suiv.; Stuart SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 14e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 61 et suiv.

320 Comparer avec *Résolution n° 837 du 1er fév. 2012 sur la mise en œuvre du principe de précaution* : « Considérant que le débat public doit permettre l'expression pluraliste des valeurs, des choix de société, des priorités sociétales, de sorte que toute décision portant sur un risque à prendre, quand bien même il serait hypothétique, soit précédée d'une réflexion portant sur l'utilité sociale, le coût économique et environnemental et les enjeux éthiques des choix qui découleront de cette décision ». La résolution ajoute que l'expertise scientifique doit s'entendre également des techniques des « sciences humaines et sociales ». Un bilan coûts/avantages doit faire appel à « d'autres méthodes d'analyse non économique, notamment d'ordre social ou éthique ».

321 O. GODARD, préc., note 55.

cas, par exemple, en France dans la décision du tribunal de grande instance de Grasse qui en 2003[322] s'était fondé sur les directives de la communication de la Commission.

40. Deux notions clés se dégagent de cette confrontation entre preuve et principe de précaution : le risque acceptable et le doute raisonnable. En faisant de ces deux notions le cœur du dispositif de précaution, les repères probatoires semblent être ébranlés. À vrai dire, cet effet est moins perturbateur qu'il n'est révélateur d'un droit de la preuve qui est confronté à des situations d'incertitude ou de certitude relativement faible. Au lieu de nier cette incertitude, le principe de précaution en a fait son objet et le droit de la preuve doit lui aussi en tirer toutes les conséquences.

322 Trib. gr. inst. Grasse, 17 juin 2003, R.C.A., 2003.7, note S. Kowouvih.

LA OU LES LÉGITIMITÉ(S) DU OU DES JUGE(S) ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Mustapha Mekki
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'I.R.D.A.
Membre associé du CERIC

1. **Le lien inextricable entre juge et principe de précaution –** Le principe de précaution n'est et ne serait rien sans le travail du juge qui se comporte comme un « auteur-acteur » de la norme. Le rôle du juge à l'égard du principe de précaution est une nécessité et ses modes d'intervention d'une grande diversité. Il faut, pour comprendre ce lien inextricable qui existe entre les pouvoirs des juges et le principe de précaution, revenir au sens des mots.

2. **Les fondements juridiques du principe de précaution –** Le principe de précaution est le fruit d'une évolution. En droit national, la loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 consacre le principe qui figure désormais à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement[323]. Il appartient aux principes généraux qui servent d'inspiration à la construction du droit de l'environnement. Il est devenu avec la Charte de l'environnement un « principe » à valeur constitutionnelle, l'article 5 disposant que *« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».* On remarquera la disparition du « coût économiquement acceptable ». Cette consécration dépasse les frontières de la France. L'article 191.2 du Traité fondateur

[323] L. 110-1 al. 1 C. env. « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

de l'Union européenne (TFUE) en fait un principe général du droit communautaire, principe à « valeur contraignante », selon la formule du Tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE) du 26 novembre 2002[324]. Si sur le plan international, la formalisation d'un tel principe fait défaut, ce principe est bien ancré en droit positif interne.

3. Quel(s) juge(s) ? – Quant aux juges, ils sont plusieurs à contribuer à la détermination du contenu du principe et à sa mise en œuvre. Il s'agit, tout d'abord, du juge constitutionnel qui, notamment dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), pourrait censurer une disposition législative qui contredirait le principe de précaution. La Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.), pour sa part, protège et étend le champ d'application de ce principe[325]. La Cour européenne des droits de l'Homme est également directement concernée, qui n'hésite pas à rattacher le droit à un environnement sain à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme[326]. Les juges ordinaires jouent le rôle le plus important car leurs occasions d'intervenir sur le sujet sont plus fréquentes. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs progressivement étendu le champ d'application du principe de précaution, d'abord pensé pour la protection de l'environnement, ensuite étendu aux questions d'urbanisme pour, enfin, gagner le domaine de la santé publique[327]. Quant au juge judiciaire, jusqu'à une époque récente, le principe de précaution a pu être accolé aux troubles anormaux du voisinage par les juges du fond pour encadrer l'installation des antennes de téléphonie mobile. La compétence du juge judiciaire a cependant été réduite à une peau de chagrin, depuis que le tribunal des conflits, le 14 mai 2012, a attribué une compétence de principe au juge administratif et une compétence résiduelle au juge

[324] TPICE, 26 nov. 2002 aff. T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Artegodan GmbH et a. c/ Commission : JOCE n° C 19, 25 janvier 2003, point 182 : ce principe est le « corollaire, notamment, du principe de prééminence des exigences liées à la protection de la santé sur les intérêts économiques », point 74, lequel a un « champ d'application plus vaste » que la protection de l'environnement (point 183) et qui est applicable donc aux risques « pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ses intérêts sur les intérêts économiques ».

[325] V. notamment une extension aux problèmes de santé publique, CJCE, 5 mai 1998, aff. C-157/96, National Farmers'Union et a., pt 64 : Rec. CJCE 1998, I, p. 2211 et CJCE, 5 mai 1998, aff. C-180/96, Royaume-Uni c/ Comm., pt 100 : Rec. CJCE 1998, p. 2265.

[326] V. infra.

[327] CE, 8 oct. 2012, n° 342423, Commune de Lunel : JurisData n° 2012-022728 ; Rec. CE 2012, tables ; JCP A 2012, act. 695.

judiciaire[328]. Le juge judiciaire n'est plus compétent pour prescrire des mesures de prévention des dommages lorsque l'installation litigieuse est conforme à la loi, y compris sur le fondement du principe de précaution. Il demeure compétent pour connaître, sous réserve d'une éventuelle question préjudicielle, des litiges opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou à des tiers, d'une part, *« aux fins d'indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, d'autre part, aux fins de faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière ou à un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables ».* On peut se demander si cette restriction du champ d'action du juge judiciaire est légitime. Au-delà, la question essentielle revient à se demander quelle est la légitimité du juge dans la détermination et la mise en œuvre du principe de précaution. Cette réflexion générale devrait permettre de mieux comprendre de quelle légitimité peut se prévaloir, en particulier, le juge judiciaire.

4. La légitimité des juges – « Etre légitime, c'est, en termes les plus courants, être reconnu comme justifié, être accepté pour ce que l'on est et ce que l'on fait »[329]. La légitimité d'un juge peut être celle qu'il tient de son élection et, plus largement, pour le système français où les juges ne sont pas élus, son statut. Plus sociologiquement, la légitimité renvoie au regard que portent les justiciables sur ses décisions. C'est la légitimité du jugement qui fait la légitimité du juge. Le procès en général, dans le domaine de l'environnement et de la santé en particulier, n'a pas pour finalité première la recherche du vrai mais la recherche du juste, le juste de près (celui des parties au procès) et juste de loin (celui des justiciables) selon la distinction de Paul Ricoeur. Ce juste suppose que les décisions rendues soient considérées comme acceptables. C'est l'approbation de la collectivité qui confère toute sa légitimité aux juges. Comme le fait observer Xavier Lagarde *« l'idée de légitimité en rupture avec ce discours (celui de la vérité) et propre à la déstructurer, permet de l'appréhender de l'extérieur, dans ses rapports avec ses*

[328] T. conflits, 14 mai 2012, n° 3844, Brillalixc/Orange France, D. 2012, p. 1930 note G.J. Martin et J.-C. Msellati ; AJDA 2012, p. 1525, note A. Van Lang. Position entérinée par la Cour de cassation, Cass. 1ère civ., 17 oct. 2012 (n° 11-19.259 et n° 10-26.854), D. 2012, p. 2523 ; RDI 2012, p. 612, note A. Van Lang. Cass. 3e civ., 19 déc. 2012, n° 11-23.566, D. 2013, p. 91 ; RDI 2013, p. 162, note Ph. Malinvaud.

[329] B. Mercadal, La légitimité du juge, R.I.D.C., 2/2002, p. 277 et s.

destinataires »[330]. Sans aller jusqu'à nier toute place à la vérité dans le procès, la vérité judiciaire est toute relative et suppose d'être accepté ou plutôt acceptable pour les justiciables. Le principe de précaution est ainsi l'occasion de revenir sur les liens qui se tissent entre vérité scientifique et vérité juridique[331]. A ce titre, en quoi l'intervention active d'un juge dans la détermination et la mise en œuvre du principe de précaution seraient-elles légitimes ?

5. Utilité et possibilité – Une série d'éléments permettent, de manière intuitive, de comprendre la légitimité qu'a le juge en la matière. Tout d'abord, le principe n'est pas une règle précise mais un standard juridique appelant nécessairement le juge à intervenir pour en déterminer le contenu et le champ d'application. Le principe de précaution appelle à pondérer les intérêts en présence. Ensuite, le domaine de l'environnement et de la santé est un domaine où règne l'incertitude[332], notamment scientifique. Les pôles émetteurs sont confrontés au doute permanent. Le juge dans la pondération des intérêts qu'il peut réaliser au cas par cas peut substituer à l'incertitude scientifique une vraisemblance juridique[333]. L'intervention des juges, spécialement des juges ordinaires qui peuvent d'ailleurs solliciter la Convention européenne des droits de l'Homme, ou qui peuvent accueillir une QPC en renvoyant devant le Conseil constitutionnel, est un besoin. Cependant, existe-t-il des moyens d'assurer aux juges une mise en œuvre légitime et efficace du principe de précaution. La légitimité se rapporte à un phénomène plus large encore qui est celui de la fondamentalisation du droit. C'est au nom des droits fondamentaux dont il est le gardien et dont il assure la conciliation que le juge trouvera les moyens légitimes de mettre en œuvre le principe de précaution. Faut-il cependant aller au-delà et accorder des pouvoirs plus importants à un juge en particulier, le juge judiciaire ?

---

[330] X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 239, 1994, p. 31.
[331] V. E. Truilhé-Marengo (dir.), Preuve scientifique, preuve juridique, Larcier, 2012.
[332] G. Deharo, L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire, Gaz. Pal., 2005, n° 265, p. 3, spéc. 4.
[333] D. Ammar, Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D. civ., 1993, p. 501 et s. Adde, C. Puigelier, Vrai, véridique et vraisemblable, in La preuve, sous la dir. C. Puigelier, Economica, 2004, p. 195 et s.

6. Finalement, pour comprendre le caractère légitime de l'intervention des juges dans la détermination et la mise en œuvre du principe de précaution, il convient d'insister sur les besoins d'une telle judiciarisation du principe et sur les moyens de sa judiciarisation.

I. Les besoins

7. Les principes fondamentaux qui gouvernent le droit de l'environnement en général et le principe de précaution en particulier ne peuvent être efficaces et effectifs qu'avec le relais du juge qui en assure la mise en œuvre. On se rappelle cette formule de Portalis lors du Discours préliminaire sur le Code civil. Il faut distinguer la science du législateur et la science du magistrat. Le législateur doit s'exprimer sous la forme de maximes générales, là où le magistrat doit adapter la règle aux cas particuliers. Le principe de précaution est une parfaite illustration de cette répartition des compétences.

Pour quelles raisons ?

La légitimité du juge dans la détermination du contenu et dans la mise en œuvre du principe de précaution est plurielle. Cette légitimité se présente comme un triptyque : elle est de nature juridique, politique et sociologique.

A. La légitimité juridique des juges

8. Si le juge est un personnage incontournable, cela est d'abord dû à la nature même du principe de précaution. Ce principe est baigné d'incertitudes. Cette incertitude concerne son champ d'application. Il intervient dans un domaine, principalement celui de l'environnement et de la santé, où règne l'incertitude notamment scientifique. Ce règne de l'incertitude amène à penser le droit autrement par souci d'efficacité et de légitimité. Les pôles émetteurs de droit, spécialement le législateur, doivent faire preuve d'imagination. Le droit dur doit ainsi coexister avec le droit souple ou soft law. Le droit imposé doit être complété par un droit négocié. Le droit réglementé doit se combiner avec un droit régulé. Les intérêts en jeu sont multiples, intérêts privés et intérêts publics, intérêts marchands et intérêts non marchands. Il faut donc un droit capable de s'adapter à la diversité des situations. Il faut accepter de concevoir le système juridique comme un système incomplet, dans lequel existent des lacunes car le législateur ne peut pas tout prévoir.

9. L'incertitude du contexte doit alors imprégner l'incertitude des instruments juridiques. Dans ce contexte d'un droit complexe en perpétuel mouvement, en recherche permanente d'équilibre, la régulation par les principes semble être le meilleur moyen de concilier les intérêts et les valeurs en conflits. Parmi ces principes, le principe de précaution se présente comme un exemple topique. Le principe de précaution plutôt que de tenter d'évincer le doute et l'aléa, au nom d'une conception dépassée de la sécurité juridique, l'intègre dans son raisonnement. Le principe de précaution permet d'encadrer avec souplesse la notion de risque. En ce sens, Eric Naim-Gesbert affirme que *« ce principe aide à construire une échelle de l'acceptabilité des risques, qui procède de l'éthique et du droit, sans doute aussi du politique, pour que soit autorisé légalement que le risque aux effets probablement bas (...) »*[334]. Cette souplesse du droit face à l'évolution des faits ne date pas d'aujourd'hui. Portalis déjà dans son Discours préliminaire partageait cette angoisse : *« Comment enchaîner l'action du temps par la loi et le Code, alors que les hommes ne se reposent jamais ; il agissent toujours ».*

Cette incertitude figure au sein même de la définition proposée par l'article L. 110-1 II 1° du Code de l'environnement. Les juridictions européennes ont souligné cette incertitude inhérente au principe en mettant en place une « physionomie plausible du risque acceptable »[335]. La CEDH consacre aussi ce règne de l'incertitude qui conditionne la mise en œuvre du principe de précaution. Elle évoque ainsi le « raisonnement probabiliste » qu'induit le principe de précaution[336].

Le principe de précaution, on le sait, ne s'adresse pas uniquement au législateur et à l'Etat. Il peut produire ses effets entre particuliers. Si le Conseil d'Etat n'a pas clairement pris position en ce sens, il en va autrement de la Cour de cassation qui dans un arrêt du 3 mars 2010 reconnaît, même si c'est en se livrant à une interprétation *a contrario*, la possibilité de se prévaloir de ce principe entre particuliers, lui faisant ainsi produire un effet horizontal direct[337].

---

[334] E. Naim-Gesbert, Le droit général de l'environnement, Objectif droit, Litec, 2011, p. 82.

[335] V. not. TPICE, 11 sept. 2002, aff. T-13/99 Pfizer animal health c/ Conseil, JOCE, n° C289, 23 nov. 2002, point 143.

[336] C.E.D.H., 27 janvier 2009, req. n° 67021/01, Tatar c/ Roumanie. La CEDH exige « une incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants ».

[337] Cass. 3ème civ., 3 mars 2010, n° 08-19108.

Ce caractère du principe de précaution renforce la légitimité juridique du juge qui en assure la mise en œuvre. La pondération des intérêts qu'invite à opérer l'article L. 110-1 C. envir. présuppose un rôle actif du juge. Cela influe alors sur la fonction du procès. Que ce soit un standard ou un principe général du droit, le rôle du juge est de pondérer les intérêts en présence. C'est dépassé le syllogisme formel.
Dans ce règne de l'incertitude, le procès n'a pas pour finalité principale la recherche de la vérité. Le procès dit le juste plus qu'il ne dit le vrai, selon l'expression de Paul Ricoeur. Comme le fait observer Bruno Latour, à propos du procès administratif, « *si la chose jugée ne doit pas être prise « pour la vérité », ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a* bien mieux à faire *que de mimer ou d'approximer le vrai : elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel des textes* », conclut qu'« *il devient urgent de ne pas demander aux sciences de* trancher*, de ne pas exiger du droit qu'il* dise vrai »[338]. Ce qui importe, c'est moins l'établissement de la vérité « vraie » que le fait de rendre une décision acceptable. La solution doit être acceptable par les parties au procès, justice de près ; la solution doit être acceptable par les justiciables en général, justice de loin pour reprendre une distinction chère au philosophe Paul Ricoeur[339].

10. Mais de quels juges est-il question ? En France, le débat fait rage, comme l'a rappelé Mathilde Boutonnet, en matière d'antennes-relais entre le juge administratif et le juge judiciaire. Cependant, peut-on se contenter d'une compétence exclusive du juge administratif dans la mise en œuvre du principe de précaution et dans la décision de maintenir ou de procéder au retrait des antennes de téléphonie mobile ? Est-il vraiment nécessaire d'avoir une telle répartition des compétences ?

11. On peut tout d'abord remarquer que le Conseil d'Etat est beaucoup moins libéral que le juge judiciaire et refuse radicalement de mettre en œuvre le principe de précaution en matière de téléphonie mobile. Ensuite, cette répartition des compétences opérée par le tribunal des conflits n'est pas claire, ce qui est facteur d'insécurité juridique. Il suffit de lire l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 17 octobre 2012[340] accordant à une personne vivant à proximité d'une antenne de téléphonie mobile et

[338] B. Latour, La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat, La découverte, 2004, p. 257.
[339] P. Ricoeur, Le juste, Esprit, 1995, p. 156 et s.
[340] Cass. 3ème civ., 17 octobre 2012, n° 10-26854.

hypersensible aux ondes la possibilité d'imposer à l'opérateur sur le fondement des troubles anormaux de voisinage des travaux de protection. La solution est difficilement conciliable avec la répartition opérée par le tribunal des conflits, du moins est-il aisé de contourner l'éviction des problèmes de santé publique en mettant en avant un problème de santé individuelle. Enfin, le juge judiciaire a à sa disposition, ce que nous verrons ultérieurement, des instruments juridiques dont ne dispose pas le juge administratif.

Quoi qu'il en soit de cette question propre aux antennes de téléphonie mobile, le juge administratif comme le juge judiciaire ont eu égard au standard que constitue le principe de précaution une légitimité de principe, sur le plan juridique, pour en assurer la détermination et la mise en œuvre dans les rapports entre l'Etat et les individus mais aussi entre les individus que ce soit un effet horizontal indirect (obligations positives de l'Etat) ou un effet horizontal direct entre particuliers.

B. La légitimité politique des juges

12. Le principe de précaution a toujours été rattaché à l'Etat de droit. Comme le disait Corinne Lepage, le déclin de l'Etat, sa crise de légitimité font que la société civile se tourne davantage vers le juge : *« Cette perte de légitimité conduit à une demande très forte de retour à la morale dont le juge se voit investi, seule autorité désormais capable, sur le plan symbolique, d'établir de nouvelles normes sociales (...). Etre citoyen, c'est être en droit d'exiger de la société par l'intermédiaire de son juge qu'elle punira ceux qui viennent troubler le havre dans lequel chacun se terre pour se préserver de l'immense chaos qui nous entoure et nous guette pour nous engloutit »*[341]. Le juge est certes juridiquement un agent de l'Etat mais son rôle politique a évolué. Cette place active du juge permet d'affirmer qu'il n'est plus seulement, selon l'expression de Montesquieu, cette « bouche qui prononce les paroles de la loi ».

13. La France a pendant longtemps appartenu à une tradition qui renvoie à une vision hiérarchique de la société s'appuyant sur une vérité dogmatique qui vient d'en haut. Cette conception

[341] C. Lepage et Fr. Guéry, La politique de précaution, PUF, 2001, p. 285 et s.

remonte à l'édification de l'Eglise catholique et romaine[342]. Selon I Papadopoulos, « dans cette culture, les vérités dogmatiques et les normes d'une communauté, on fait spontanément appel à l'autorité de l'institution ecclésiale, dépositaire des normes et gestionnaire d'un fonds de vérité »[343]. Après l'Eglise, l'Etat a pris le relais[344]. Dans ce cadre, le juge n'est pas « un médiateur entre une loi souveraine et une réalité sociale complexe, mais comme un représentant de l'Etat considéré comme source ultime et unique de vérité, à l'image de l'Eglise dont il est le prolongement symbolique »[345].

14. Cette tradition à laquelle semble appartenir le droit français est aujourd'hui inadaptée à un système où l'Etat est en mutation et prend ses distances avec les questions d'intérêt public, avec un système globalisé où le droit est déterritorialisé et un système où règne l'incertitude notamment scientifique. Cette vision transcendante du droit où tout vient de l'Etat et où le juge est réduit à une fonction de représentant sans pouvoir de décision est présente en droit de l'environnement, même si on observe une privatisation des questions environnementales. En ce sens, est véhiculée l'idée que les seuils de tolérance relativement aux ondes des antennes de téléphonie mobile ne peuvent être que l'œuvre de l'Etat et le juge n'a pas son mot à dire. Philippe Stoffel-Munck ne dit rien d'autre lorsqu'il affirme que *« le juge judiciaire substitue son appréciation de ce qu'exige le principe de précaution à celle qu'ont opéré les pouvoirs publics »* et *« qu'il prive ainsi d'effet l'arbitrage réalisé par ces derniers entre les nécessités de l'intérêt public et le degré de l'incertitude scientifique »*[346].

15. Une deuxième tradition, à laquelle on rattache pus volontiers le droit de *common law* pourrait et devrait inspirer le système français. En *common law*, le juge a une place plus importante avec un mode de raisonnement que l'on pourrait qualifier d'horizontal : « le droit est plus souvent perçu comme le produit malléable (et faillible) d'un combat politique sans fin visant à mettre le droit en

[342] R. Jacob (dir.), Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes, LGDJ, Droit et société, Paris, 1996, p. 48 et s.
[343] I. Papadopoulos, Vérité ou vraisemblance ?, in A. Garanpon et I. Papadopoulos, Juger en Amérique et en France, O. Jacob, Paris, 2003, p. 123 et s., spéc. p.124
[344] Sur cette culture étatiste, v. E. Jeuland, Preuve judiciaire et culture française, p. 152.
[345] I. Papadopoulos, op. cit., p. 124.
[346] Ph. Stoffel-Munck, La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution, D. 2009, p. 2817.

adéquation avec des intérêts et des valeurs particuliers »[347]. La norme juridique n'est pas conçue comme un produit fini. C'est au juge en sa qualité d'ingénieur social[348] de remodeler la norme aux circonstances de chaque affaire[349]. Il faut admettre que le système est incomplet, qu'il y a des lacunes, que le juge crée donc. Cette vision pragmatique et réaliste de la place du juge ne justifie pas d'être généralisée en droit français. Mais il est des domaines et des techniques juridiques qui rendent nécessaires une telle approche de la fonction du juge. Tel est le cas, semble-t-il, de la santé publique et de l'environnement.

À cette légitimité politique s'ajoute une légitimité sociologique.

C. La légitimité sociologique des juges

16. Sociologiquement, le juge n'est plus seulement un représentant de l'Etat. Cela s'impose dans certains domaines comme celui de la santé publique et de l'environnement où le législateur, selon l'expression du sociologue Jean Cruet, est impuissant. Souvent, sur des affaires sensibles comme celles-ci, la légitimité lente du juge, selon l'analyse de Hannah Arendt, vaut plus que la légitimité courte et expéditive du politique. Cette affirmation, découlant de nombreuses études d'ordre sociologique, signifie d'une part que la fonction de juger a évolué mais aussi que la fonction du procès a changé.

17. Concernant la fonction de juger, le juge reste un représentant de l'Etat mais il est aussi un représentant de la société civile. Le droit vient autant d'en haut que d'en bas. Cette place cruciale du juge au carrefour de l'Etat et de la société civile est directement influencée par l'école sociologique[350]. Sans entrer dans les détails de cette école très hétérogène, il n'est pas rare de retrouver sous la plume de divers sociologues du droit l'image d'un juge collaborant avec le législateur. L'Ecole de

[347] R. A. Kagan, Adversial Legalism. The American Way of law, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 2001, p. 14

[348] R. Pound, The Lawyer as a social Engineer, Journal of Public Law, 1954, n° 3, p. 292 et s.

[349] M. Damaska, Structures of authority and comparative criminal procédure, op. cit., p. 509.

[350] Sur la sociologie du droit, v. not. J.-C. Billier et A. Maryioli, Histoire de la philosophie du droit, Armand-Colin, 2001, pp. 195 et ss. ; H. Lévy-Bruhl, Sociologie du droit, Que sais-je ? 7ème éd., 1990 ; Fr. Terré, Un bilan de sociologie juridique, J.C.P. (G), 1966, I, 2015.

l'*interressenjurisprudenz*[351] qualifie le juge d'*« adjoint du législateur »* qui impose sa propre vue[352]. Pour l'école institutionnaliste du Doyen Hauriou, il est *« l'organe vivant de la société »*[353]. Il est, selon G. Gurvitch, à la source d'un droit positif intuitif, source indirecte de ce qu'il appelle le fait normatif[354]. Ce renouveau du rôle du juge a alors des incidences sur sa fonction de juger.

18. Finalement, le juge est selon l'image de François Ost, un juge d'Hermès, un juge entre-deux, un juge messager, interface entre le droit d'en haut et le droit d'en bas. Le juge est un pivot entre gouvernants et gouvernés. Il est le symbole d'un droit post-moderne qui se caractérise selon André-Jean Arnaud par *« une volonté de pragmatisme et de relativisme par une pluralité des rationalités, du risque qui y est attaché, un retour de la société civile, et l'appréhension des relations juridiques dans le cadre complexe de logiques éclatées ».* Le juge est ce corps par lequel transite l'âme de la société civile. Il y a, selon la formule de Marie-Angèle Hermitte un renversement de légitimité. Si le juge est au service des gouvernants, il doit aussi être à l'écoute des gouvernés.

---

[351] J.-C. J.-C. Billier et A. Maryioli, Histoire de la philosophie du droit, pp. 195 et ss. ; M. Buergisser et J.-F. Perrin, Interessenjurisprudenz. Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement, in Droit et intérêt, volume 1 : approche interdisciplinaire, Publications des Facultés universitaires Saint – Louis, Bruxelles, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, 1990, pp. 327-353. Pour un exposé d'ensemble, Fr. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, Tome II, L.G.D.J., 1919, n° 205 et ss., pp. 330 et ss.

[352] R. von Jhering fut le précurseur de cette école représentée par Philippe Heck (Das Problem des Rechtsgewinnung (1912), Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz (1914), cités par J.-C. Billier et A. Maryioli, Histoire…, op. cit., p. 195, note 109. Le juge regarde lui-même les intérêts en jeu, y compris dans des cas non prévus par le législateur. Les jugements ne sont pas perçus comme étant inspirés par le législateur. Le juge procède à sa « propre estimation personnelle ».

[353] V. D. Salas, Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou, in La force du droit, op. cit., pp. 193-214, spéc. p. 207: le juge est au-dessus de la loi, mais en-dessous des principes. Il peut plier les lois aux principes inspirés de justice par une interprétation raisonnablement constructive. Il découvre ainsi le droit par une règle de jugement propre. Non lié par la loi, il est au centre d'une dialectique entre l'idée (instituant) et le pouvoir organisé (institué) qui produit réciproquement vie institutionnelle et vie sociale.

[354] V. A. Garapon, L'idée de droit social : Georges Gurvitch, in La force du droit, op. cit., pp. 215-228, spéc. pp. 219 et ss. : le fait normatif peut être source de droit de deux manières : de manière directe, il influence les sources formelles. De manière indirecte, il inspire les juristes (juge et docteur). G. Gurvitch distingue le droit positif formel et le droit positif intuitif. Ce dernier renvoie au juriste (juge et docteur) qui tire la règle de droit directement de l'observation des faits normatifs sans l'intermédiaire de la technique juridique. Le juge va déduire sa décision non pas de la règle de droit, mais de la réalité telle qu'elle est au travers par exemple des syndicats, de la famille, etc.

19. Cela s'impose en matière environnementale et plus largement dans un domaine où dominent les sciences et techniques. Le droit des sciences et techniques est en prise avec une multitude d'intérêts et de valeurs souvent en conflits. L'idéologie du marché côtoie l'idéologie de la science qui se heurtent toutes les deux à l'idéologie de la personne humaine. Le principe de précaution repose sur l'idée de risque acceptable. Le rôle du juge suppose alors de procéder à une pondération des intérêts en présence[355] afin de rendre une décision qui, à défaut de dire le vrai, s'efforce tout de même de dire le juste.

20. C'est le rôle du procès qui a également évolué, spécialement celui de la responsabilité civile. Le procès de responsabilité civile est la traduction d'un phénomène plus large : le procès est devenu le lieu d'une nouvelle démocratie dialogique et discursive[356]. Par le procès, les valeurs sont mises à l'épreuve et reconstituées. Si cette fonction reconstructive des valeurs du procès n'est pas nouvelle[357], son intensification l'est davantage. Le débat ne pouvant avoir lieu devant les instances publiques, en quête de légitimité, les membres de la société civile prennent le parti d'agir devant les tribunaux et d'utiliser la scène judiciaire comme un tremplin. *« La société civile plaide et le citoyen vote »,* voici les deux prérogatives principales d'une démocratie en reconstruction[358]. Le procès ne se contente pas de trancher un litige, d'apporter une réponse à un *case law*, mais contribue à une *cause law*[359]. Il est instrumentalisé au nom de causes sociales dépassant les strictes limites de l'objet litigieux. Sans tomber dans un système qui serait purement et simplement la transposition du modèle américain[360], le procès civil est le lieu de réalisation d'une démocratie contentieuse. Le procès devient un nouveau lieu de débats et de confrontation des idées. Le droit de la responsabilité est en prise directe avec ce nouveau visage du procès. Les affaires de l'amiante, des O.G.M., du vaccin contre l'hépatite B et de la sclérose en plaques ont été autant d'occasions de faire du procès le lieu d'un débat et d'une discussion. Cette

[355] V. en ce sens, E. Naim-Gesbert, op. cit., p. 93 : « dès lors, le raisonnement est emblématique d'une méthode de pesée des intérêts (…) ».
[356] A. Garapon, Bien juger…, op. cit., p. 229.
[357] V. not. Fr. Zénati, Le procès, lieu du social…, op. cit et loc. cit. Pour une étude approfondie, J.-G. Belley, Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit, Thèse ronéot, Paris II, 1977.
[358] D. Salas, Le tiers pouvoir…, op. cit., spéc. p. 117 et s.
[359] L. Israël, Le droit mis au service…, op. cit. et loc. cit.
[360] Sur les différences entre les deux systèmes, S. Schiller, Hypothèse…, op. cit., spéc. p. 180 et s.

démocratie contentieuse, souvent critiquée[361], témoigne d'une société en crise de légitimité, à la recherche d'une plus grande proximité au nom de ce que certains appellent une démocratie discursive. Cette nouvelle légitimité est d'ordre procédural, démocratie dialogique dans la théorie de J. Habermas[362]. Il y a aussi une résurgence sociale de l'accusation selon Paul Ricoeur et une volonté de trouver un responsable. L'évolution des technologies fait qu'on n'accepte plus son sort. Les progrès technologiques amènent le public à penser que derrière tout événement il y a la main d'un homme qui a fait ou aurait pu empêcher l'événement dommageable. Dans une société du risque, le juge a une légitimité à intervenir. Il y a selon les termes de Nicolas de Sadeleer, une supériorité du juge dans la mise en œuvre du principe de précaution : *« encore faut-il être conscient qu'en énonçant un tel principe dans une législation, on ne le place pas à l'abri des majorités de circonstance qui pourraient toujours l'émasculer ou renoncer à l'appliquer. De surcroît, en étant proclamé dans la loi, un tel principe pourrait à tout moment être contredit par les législations sectorielles qui ont pour vocation à le mettre en œuvre »*[363].
Si les besoins sont manifestes, quels sont les moyens mis en œuvre ?

II. Les moyens

21. Pour garantir la pleine efficacité et la pleine effectivité du principe de précaution, le relais du juge est indispensable. Cette compétence ne peut cependant pas être réservée au seul juge administratif. Spécialement en matière de téléphonie mobile, le tribunal des conflits en a décidé autrement en réduisant l'intervention du juge judiciaire à une compétence résiduelle qui condamne à terme l'effectivité du principe de précaution. Pourtant, le juge judiciaire a à sa disposition un ensemble de moyens juridiques devant lui permettre de revendiquer sa compétence légitime dans la détermination et dans la mise en œuvre du principe de précaution. Cette promotion du principe de précaution peut

[361] Sur ce débat, v. D. Salas, Le tiers pouvoir…, op. cit., spéc. p. 145 et s. ; Ph. Brun, Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine, op. cit., spéc. p. 70 ; J. Michaud, Justice et grands débats de société, in Mélanges P. Drai, op. cit., p. 633 et s.
[362] V. not. J. Habermas, De l'éthique de la discussion, Trad. J.-M. Ferry, Cerf, Paris, 1992.
[363] N. de Sadeleer, Les avatars du principe de précaution en droit public (effet de mode ou révolution silencieuse ?), RFDA, 2001, p. 551.

s'appuyer, d'une part, sur l'arsenal des droits fondamentaux (A) et, d'autre part, sur celui du droit commun (B).

A. La protection accordée par les droits fondamentaux

22. L'utilisation des droits fondamentaux au service de l'efficacité du principe de précaution demeure pour l'instant relativement discrète mais ce mode de protection a des virtualités importantes. Après avoir exposé la réalité positive des droits fondamentaux, il serait intéressant d'évoquer leurs virtualités.

1°/ La réalité mitigée des droits fondamentaux

23. La légitimité du juge judiciaire est constitutionnellement reconnue en matière de droits fondamentaux. Plus précisément, l'article 66 de la Constitution rappelle que le juge judiciaire est le juge naturelle des libertés individuelles[364]. Surtout, depuis que le Conseil constitutionnel français a rejeté en 1974 toute compétence pour opérer un contrôle de conformité des lois aux conventions internationales, ce contrôle de conventionnalité des lois appartient aux juges ordinaires. Ainsi le juge, quel que soit le degré de juridiction, peut écarter une loi qu'il jugerait contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Peut-on espérer à l'avenir que le principe de précaution puisse renaître de ses cendres par le canal des droits européens des droits de l'Homme ?

La Convention européenne des droits de l'Homme ne comporte pas de stipulations visant directement le droit de l'environnement. Il ne figure donc pas en son sein de droit à un environnement sain. Pourtant la question fait débat et un protocole additionnel a même été envisagé pour créer un tel droit[365]. La valeur environnementale n'est pas absente des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. On peut d'ailleurs citer certaines décisions qui y font directement référence. Le droit à un environnement sain est ainsi conçu comme un but légitime d'intérêt général permettant de légitimer des mesures restrictives

[364] D. Cohen, Le juge, gardien des libertés ?, Pouvoirs 2009, p. 130.
[365] Sur cette question, J.-P. Marguénaud, Les droits fondamentaux liés à l'environnement, in L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanctions, sous la dir. O. Boskovic, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 83 et s. , spéc. p. 87.

apportées par l'Etat à d'autres droits ou libertés. Ainsi de l'arrêt Hatton de 2003 où la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que *« la* Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8 ». C'est surtout avec l'arrêt Tatar c/ Roumanie du 27 janvier 2009[366] que le droit à l'environnement, via le principe de précaution, a pour la première fois été protégé sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La C.E.D.H. a jugé que le principe de précaution « a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la communauté »[367]. L'Etat Roumain a été condamné pour manquement à ses obligations positives. Cela revient à faire produire à cette stipulation un effet horizontal indirect et sanctionné un Etat qui n'a pas veillé à prendre des mesures effectives pour protéger un individu contre d'autres individus.

2°/ Les virtualités des droits fondamentaux

24. D'une manière générale, le droit à l'environnement pourrait être conçu, à défaut d'être un droit fondamental, comme un « droit subjectif ». De ce seul fait, toute mesure demandée de rétablissement du droit ou de suppression du trouble, cessation de l'illicite selon la théorie de Cyril Bloch, ne devrait pas pouvoir être refusée par le juge judiciaire[368]. En droit administratif, cette qualification est d'ailleurs défendable et justifie la possibilité de mettre en œuvre le référé liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il est vrai qu'une partie de la doctrine publiciste est dubitative[369] mais certaines décisions sont en ce sens[370].

---

[366] Tătar c. Roumanie, 3e Sect., req. no 67021/01.

[367] Selon J.-P. Marguénaud, il y a une « omniprésence du principe de précaution, jointe à la conventionnalisation explicite d'un droit à la jouissance d'un environnement sain et protégé et à une énergique mise en synergie des sources environnementales »

[368] En ce sens, V. Rebeyrol, Le droit à l'environnement comme nouveau fondement de la réparation des dommages environnementaux, in La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 57 et s., spéc. p. 66.

[369] Certains auteurs publicistes doutent que l'article 1 de la Charte sur le droit à un environnement sain puisse être qualifié de droit subjectif, sur ce point, v. Y. Jégouzo et F. Loloum, La portée juridique de la charte de

Avec la décision Tatar, surtout, il est possible d'espérer une sollicitation plus importante de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme observe ainsi dans cet arrêt qu'« *en l'absence d'éléments de preuve à cet égard, [elle] pourrait éventuellement se livrer à un raisonnement probabiliste, les pathologies modernes se caractérisant par la pluralité de leurs causes. Cela serait possible dans le cas d'une incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants* » (§ 105). Mais en l'espèce, elle a jugé que « *l'incertitude scientifique n'est pas accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants. Le document réalisé par un hôpital de Baia Mare et attestant un certain accroissement du nombre des maladies des voies respiratoires ne suffit pas, à lui seul, à créer une probabilité causale. La Cour constate donc que les requérants n'ont pas réussi à prouver l'existence d'un lien de causalité suffisamment établi entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de l'asthme* » (§ 106). De nouveau, sur le principe, rapprocher le droit à un environnement sain et le principe de précaution à l'aune de l'article 8 est envisageable. Cependant, une certaines vraisemblance semble exigée afin de pouvoir bénéficier effectivement de cette stipulation. De nouveau, la preuve d'un risque probable pourrait encore être un obstacle.

25. Un autre fondement pourrait à l'avenir être invoqué : la protection du domicile. En effet, par une décision de la C.E.D.H. du 3 mai 2011 (n° 6854/07, Apanasewicz c/ Pologne) et du 22 novembre 2011 (n° 24202/10, Zammit Maempel c/ Malte), il a été admis que peuvent être sanctionnées des atteintes au droit au respect du domicile lorsque ces atteintes sont de nature immatérielle ou incorporelle et consistent, par exemple, en des émissions intempestives. Il n'en demeure pas moins que un

---

l'environnement, Dr. adm., 2004, Chr., p. 5 et s. La Charte ne peut donc fonder selon certains auteurs une procédure en référé-liberté, B. Matthieu, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », Cah. Cons. const. 2003, no 15 p. 145 ; G. Glénard, « Critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », AJDA 2003, p. 2008.

[370] V. not. TA Châlons-en-Champagne, référé, 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardennes et a., no 0500828 : Pour enjoindre au préfet de « prendre toutes mesures utiles à l'effet d'interdire immédiatement la poursuite de la manifestation dénommée Teknival », le juge des référés énonce qu'« en adossant à la Constitution une Charte de l'environnement qui proclame en son article premier que "chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé", le législateur a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en "liberté fondamentale" de valeur constitutionnelle ».

« commencement de preuve » sur la base d'une certaine probabilité sera toujours exigé et fera souvent obstacle à toute mise en œuvre du principe de précaution.

26. Au surplus, indépendamment des droits fondamentaux, les juges, surtout judiciaires, pourraient solliciter les techniques juridiques du droit commun.

B. La protection assurée par le droit commun

27. Le juge judiciaire pourrait également redevenir un acteur clé dans la mise en œuvre du principe de précaution en usant du droit commun. Ce droit commun renvoie tant au droit substantiel (1) qu'au droit processuel spécialement au droit de la preuve (2).

1°/ Le droit substantiel

28. De manière prospective, il faut observer que le juge judiciaire a virtuellement à sa disposition une grande variété d'instruments juridiques. Pour ne prendre que quelques exemples, ces instruments relèvent soit du droit des biens, soit du droit des obligations.

29. Au regard du droit des biens, en présence de risques incertains, le principe de précaution ne pourrait-il pas être accolé à la théorie de la voie de fait ? La voie de fait est de la compétence du juge judiciaire. Elle est notamment établie lorsqu'il y a une atteinte manifeste au droit de propriété. La théorie de la voie de fait permettrait d'invoquer cette atteinte à la liberté fondamentale. On donnerait ainsi à la voie de fait, une nouvelle dimension et une nouvelle jeunesse[371]. Cependant, le problème de la voie de fait est qu'elle suppose une atteinte brutale et flagrante au droit de propriété. Il n'est pas certain, pour prendre l'exemple des antennes de téléphonie mobile, qu'on puisse qualifier leur présence comme telle. A moins d'établir que le sentiment d'un propriétaire de ne pas être en sécurité sur sa propriété en raison

[371] R. Chapus, « Droit administratif général », Montchrestien, 15e éd., no 1087 ; A. Bockel, « La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable », D. 1970, chron., p. 29 ; S. Hocquet-Berg, « La lente agonie de la voie de fait », Resp. civ. et assur. 2004, chron. 13.

de l'installation à proximité d'une antenne de téléphonie mobile autorisée par l'administration puisse être qualifié comme tel. Ce qui n'est pas le cas pour l'instant.

30. Un fondement plus classique pourrait être recherché dans les troubles anormaux du voisinage. Or, en relisant l'attendu de l'arrêt du tribunal des conflits, le fondement des troubles anormaux du voisinage ne devrait plus pouvoir être utilisé par le juge judiciaire en matière d'antennes de téléphonie mobile. Soit l'installation est régulière et il existe un trouble anormal du voisinage autre que ceux relatifs aux brouillages et relevant des questions de santé publique ; soit l'installation est irrégulière et le juge judiciaire peut même ordonner à l'entrepreneur de mettre fin aux troubles. Dans le premier cas, il ne peut attribuer que des dommages et intérêts pour réparer le préjudice esthétique, financier, locatif… Pourtant cette distinction ne paraît plus aussi claire à la lecture d'un arrêt du 17 octobre 2012 (n° 10-26.854). Comme le souligne un auteur, *« L'arrêt semble considérer que toute dimension sanitaire n'est pas évincée du contentieux judiciaire puisque la demande relative au « blindage » de l'appartement est clairement justifiée par des préoccupations de santé »*, alors que l'installation était régulière. Il est vrai qu'en l'espèce la voisine se plaignait non pas de l'existence d'un risque incertain relevant certainement du principe de précaution et de la police spéciale, mais de troubles liés à son électro hypersensibilité[372]. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un problème de santé qui semblait bien avoir été exclu par le tribunal des conflits du champ de compétence des juges judiciaires ! C'est à ne plus rien y comprendre !

Le droit des biens peut aussi être sollicité pour la mise en œuvre d'actions possessoires telles que l'action en complainte, l'action en dénonciation de nouvel œuvre ou l'action en réintégrande. Deux obstacles persistent cependant : le premier est la suppression des actions possessoires envisagées par un projet de loi d'habilitation du 27 novembre 2013 suivant en cela les propositions de Hugues Périnet-Marquet. Le deuxième est l'incertitude du risque qui caractérise le principe de précaution qui devrait rendre difficile la recevabilité d'une telle action.

31. Le droit des obligations peut également être une arme efficace pour le juge judiciaire, spécialement le droit de la responsabilité civile. La stratégie du droit de la responsabilité consiste à déplacer l'objet de la preuve. En effet, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011, il

[372] Sur ce point v. obs. A. Van Lang , in RD imm. 2012, p. 612

est affirmé que chacun est *« tenu d'une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».* Les débiteurs peuvent être des personnes publiques ou des personnes privées[373]. Ce devoir de diligence est ainsi présent dans l'affaire du distilbène ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 2006. En la matière, il a été jugé que l'existence de risques connus et identifiés sur le plan scientifique, aurait dû justifier des mesures qui n'ont pas été prises. Ces mesures auraient dû être prises « même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients ». L'auteur avait ainsi manqué « à son obligation de vigilance »[374]. Il reste que le dommage du distilbène a finalement été reconnu, ce qui n'est pas le cas par exemple des antennes de téléphonie mobile. Mais c'est le début du raisonnement qui importe : même si au jour où les mesures auraient dû être prises il y avait des résultats, des expertises contradictoires, des mesures auraient dû être prises. Là encore appliqué aux antennes-relais, ce raisonnement est difficile à transposer car on peut considérer que les mesures prises par l'Etat, qui fixe des seuils d'émission d'ondes, sont suffisantes au regard du principe de précaution ! L'autre stratégie a pu consister à se détourner du risque incertain pour se focaliser sur l'existence d'un préjudice d'angoisse, facilitant ainsi l'indemnisation des victimes[375].

32. A dire vrai, on le voit, l'ensemble des fondements invoqués, en dehors des stratégies d'évitement, a peu de chances d'aboutir car ils butent sur le caractère incertain du risque. C'est donc finalement un problème de preuve qui se pose. Ne devrait-on pas agir alors sur les règles de preuve pour rendre le principe de précaution plus effectif ?

2°/ Le droit de la preuve

[373] Cons. const., déc., n° 2011-116 8 avr. 2011 QPC : JurisData n° 2011-015527.
[374] V. les deux espèces, n° 04-16180 et n° 04-16179. V. les obs. de G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », dossier « Principe de précaution », D. 2007, n° 22, p. 1542 ; v. aussi in « Introduction », ouvrage préc., p. 156 ; O. Gout, « Les avancées discrètes du principe de précaution », RCA juill.-août 2006, p. 7.
[375] Pour un exposé complet, E. Vergès, Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile, in Preuve scientifique, preuve juridique, op. cit., p. 129 et s.

33. Le droit de la preuve se compose de trois étapes : l'objet, que doit-on prouver, la charge de la preuve, qui doit prouver et les modes de preuve comment doit-on prouver. C'est essentiellement la charge de la preuve qui importe ici, même si ces trois étapes, dans le cadre du principe de précaution, sont étroitement liées. Le risque du doute renvoie à la question de savoir qui doit succomber au procès lorsqu'un doute subsiste. Dans des domaines tels que la santé et l'environnement ce doute est fréquent car les connaissances scientifiques sont insuffisantes. En tirant les conséquences de cette situation, ne devrait-on pas dire que le doute profite à la nature ce qui garantirait une effectivité du principe de précaution. Le doute doit peser sur celui qui crée le risque ou le danger. Cela constituerait un choix politique ambitieux. Cette coloration politique des questions relatives à la charge probatoire est très répandue. Le législateur et le juge par interprétation vont utiliser la technique de la charge probatoire et en particulier du risque du doute pour atteindre des objectifs politiques. Si on souhaite faire de la protection de la nature et de la santé une priorité, il faut admettre que dans le doute, c'est la nature et la santé qui doivent l'emporter.

34. Cette instrumentalisation des règles probatoires au service du principe de précaution suppose de revenir sur les rapports entre vérité scientifique et vérité judiciaire. C'est alors tout le droit de la preuve qui doit être repensé sous l'angle du principe de précaution mais c'est alors une autre histoire[376]…

[376] V. Preuve et principe de précaution, conférence à l'Université McGill, mai 2014, dans le cadre du projet GIP dirigé par M. Boutonnet, le principe de précaution en droit comparé.

ACTIONS PRÉVENTIVES ET PRINCIPE DE PRÉCAUTION : VERS UN DROIT PROCESSUEL DE L'ENVIRONNEMENT?

Soraya Amrani-Mekki
Professeure agrégée
Université Paris Ouest Nanterre La défense
Membre du Centre de droit pénal et de criminologie

1. Selon un proverbe soufi, « prie Dieu mais attache quand même les pieds de ton chameau », ce qui constitue une version orientale de la formule de Loysel « Qui peut et n'empêche pêche ». Il s'agit là d'un principe ancestral, ainsi que la prohibition des toits en chaume pour éviter les incendies en témoigne dès 1466[377].

2. L'essor de ce qu'on nomme aujourd'hui principe de précaution pourrait conduire à la consécration d'actions préventives dont la particularité consisterait à prévenir non pas des dommages, mais des risques de dommages encore incertains. Le chemin pour y parvenir paraît *a priori* semé d'embûches. Il faudrait en effet d'ores et déjà admettre nettement ce principe de précaution au civil entre parties privées puisque l'article 5 de la Charte de l'environnement ne l'impose expressément que vis-à-vis des décideurs publics. Une telle action aurait alors un régime spécifique puisque tant sa recevabilité que son bien-fondé seraient soumis à des conditions, sinon totalement révolutionnaires, du moins largement soumises à adaptation. Mais est-ce réellement de la science-fiction ou une telle action est-elle déjà plausible en droit processuel? C'est là une autre manière d'aborder la question de l'opportunité de créer un véritable droit processuel de l'environnement. Il faut bien reconnaître que la multiplication de

377 Exemples cités par Stéphanie GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages,* Paris, L.G.D.J., 2009 : interdiction en 1466 à Abbeville par exemple.

ce qu'on nomme « droits processuels verticaux »[378] répond à des besoins concrets[379], mais elle occulte parfois la pertinence du droit commun processuel à répondre à des attentes substantielles.

3. À cet égard, le prisme de l'action préventive est particulièrement intéressant. Pour le comprendre, il convient au préalable de saisir la notion d'action préventive, ce qui conduit tout naturellement à s'interroger sur la distinction entre prévention et précaution. L'action préventive fondée sur le principe de précaution au sens strict, qui n'existe pas encore, consisterait à permettre la saisine d'un juge pour requérir des mesures de nature à prévenir un risque qui a la particularité d'être encore incertain. L'action préventive serait ainsi fondée sur une responsabilité civile renouvelée qui aurait l'intérêt de mettre en relief sa fonction préventive, de la tourner vers le futur au lieu de la cantonner à une fonction réparatrice axée vers le passé. Cette fonction préventive de la responsabilité civile est déjà une réalité. Elle n'aurait cependant qu'un caractère secondaire. En effet, si le caractère normatif de la responsabilité civile visant à dissuader des comportements antisociaux est évident, elle est largement remise en cause, non seulement par l'existence de l'assurance, mais aussi par l'absence de lien entre la gravité de la faute et la condamnation. L'intérêt du principe de précaution serait de conférer à la responsabilité civile une « fonction préventive principale » qui justifierait une responsabilité dite conservatoire qui selon une visée qualifiée de « radicale »[380] pourrait même prendre son autonomie. L'action préventive aurait un double objet selon G. Martin : « d'une part, éviter dans l'immédiat de

---

[378] Sur cette formulation, Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel; droits fondamentaux du procès*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 57, n° 10. On parle de droit processuel de la responsabilité civile, (Soyara AMRANI MEKKI, *Le droit processuel de la responsabilité civile,* dans *Mélanges* de Geneviève VINEY, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 1 et s.; Loïs RASCHEL, *Droit processuel de la responsabilité civile*, Loïc CADIET (préf.), Paris, I.R.J.S., 2008), de droit processuel de la consommation (Olivier LUCAS, *Pour un droit processuel de la consommation*, Rennes, Thèse Université de Rennes I, 2000; voir aussi les chroniques portant ce même intitulé de Mme Elise POILLOT).

[379] Pour une critique des barrières processuelles à l'effectivité du droit de l'environnement qu'il est sensé servir (relativement à la question des recours collectifs), Heather MCLEOD-KILMURRAY, « Hollick and environmental class actions : Putting the substance into class action procedure », (2002-2003) 34 *Ottawa L. Rev*, p. 263 et s.

[380] Geneviève VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », dans *Pour un droit économique de l'environnement : Mélanges*, *en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, éd. Frison Roche, 2013, p. 557. En ce sens, Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2005; Mathilde BOUTONNET, *Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 2262 et s.

"laisser faire" en situation d'incertitude légitime, d'autre part et surtout, produire de la connaissance sur le risque en cause, soit afin de donner naissance à une action préventive – si l'hypothèse de risque est vérifiée –, soit dans le but de "libérer" l'activité en levant l'hypothèse de risque »[381].

4. L'action préventive appliquée au principe de précaution serait alors d'un nouveau genre. Elle se distinguerait des actions préventives qui existent déjà pour prévenir un dommage non encore réalisé – certes, futur mais certain – ou d'ores et déjà réalisé pour un risque encore incertain tel que l'admission naissante du préjudice d'angoisse en atteste. C'est pourquoi la nouveauté du renouvellement de la responsabilité et « le vide préventif » parfois invoqué constituerait une « illusion trompeuse… alors qu'il s'agit en réalité, de porter la fonction préventive de la responsabilité civile à son degré le plus ultime, celui de l'anticipation »[382]. En vérité, il existe des querelles doctrinales sur la différence entre prévention et précaution qui témoignent d'un choix politique à faire entrer la précaution dans le giron de la responsabilité civile classique ou non. Selon la formule de G. Viney, il y aurait entre prévention et précaution « un cheminement continu »[383]. La prévention est un genre dont la précaution constitue une espèce dans le cas particulier de risques incertains si on l'entend au sens strict. Cette action préventive a pour l'heure essentiellement été traitée par des spécialistes de responsabilité civile qui ont, chemin faisant, proposé de refondre en substance des règles de droit processuel. Le référé ne serait plus fondé sur l'urgence, il permettrait de prendre des mesures adaptées et proportionnées, le juge du fond pourrait prendre des mesures provisoires et par nature évolutive… Il faudrait en somme créer un droit processuel de l'environnement mieux adapté. Son opportunité est cependant à relativiser, car les adaptations préconisées ne sont pas révolutionnaires et existent parfois d'ores et déjà en d'autres domaines. Comme le soulignait le doyen Gérard Cornu, « Tous les procès ne présentent pas la même complexité. On ne commande au litige qu'en lui obéissant »[384]. En vérité, l'urgence a depuis longtemps presque disparu de la juridiction des référés et le juge du fond peut d'ores et déjà prendre des mesures évolutives,

---

381 Gilles J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir? », A.J.D.A., 2005, p. 2222.

382 Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, vol. 71, Paris, Dalloz, 2008, p. 17-18, n° 7-2. Voir aussi Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, 3e éd., Paris, PUF, 2012, qui considère que la responsabilité civile suffit.

383 Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 155, note 626.

384 Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1996, n° 171.

notamment en droit de la famille. Si les débats ont longtemps porté sur la question de savoir si l'action préventive fondée sur le principe de précaution devait être autonome au regard de la responsabilité civile, la question qui se pose pour un processualiste est de savoir si elle devrait justifier une action autonome ou si elle peut entrer dans le droit commun du procès. Commande-t-elle une révolution processuelle ou une simple évolution?

5. Pour l'envisager, il convient d'analyser tour à tour la théorie de l'action et la théorie de la juridiction. La théorie de l'action, en premier lieu, invite à s'interroger sur l'existence et la nature d'une telle action en justice. L'action de précaution environnementale aurait-elle des spécificités qui doivent faire évoluer ses conditions de recevabilité (I)? En second lieu, la question se pose au sujet des pouvoirs juridictionnels du juge, car la spécificité d'une telle action tient essentiellement dans les mesures qui sont requises et dont les contours sont encore mystérieux. Les distinctions entre la *jurisdicto* et l'*impérium*, entre juridiction provisoire et définitive, sont ainsi revisitées (II).

I. La recevabilité d'une action préventive fondée sur le principe de précaution

6. La recevabilité d'une action est soumise à des conditions de recevabilité qui dépendent du sujet de celui qui agit et de l'objet de l'action[385]. S'agissant d'une action préventive fondée sur le principe de précaution, ce sont essentiellement les conditions subjectives de l'action en justice qui doivent attirer l'attention du fait de la singularité de l'action. Il s'agit de l'intérêt à agir, d'une part (A), et de la qualité à agir, d'autre part (B).

A. Intérêt à agir

[385] Soraya AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, coll. Thémis, Paris, PUF, 2014, p. 127 et s., n° 58 et s.

7. **Existence d'un intérêt**. La vraie spécificité de l'action préventive fondée sur le principe de précaution serait qu'il s'agirait selon les mots de C. Bloch d'une responsabilité « sans intérêt »[386], ce qui suppose de s'interroger, d'abord, sur son existence.

8. L'intérêt à agir est défini en procédure civile comme « la constatation d'un mal et la possibilité d'un remède »[387] ou comme l'avantage pécuniaire et moral qu'on peut retirer d'une action. Certains spécialistes de responsabilité civile n'opèrent aucune distinction entre l'intérêt à agir et le dommage. Dans sa thèse sur le droit processuel de la responsabilité civile, L. Raschel évoque l'« identité de l'intérêt à agir et du préjudice [...] l'intérêt est constitué par le mal subi par le demandeur, c'est-à-dire par son préjudice »[388]. À suivre cette conception, il n'y aurait évidemment pas d'intérêt à agir dans le cadre d'une action préventive fondée sur le principe de précaution. L'absence de dommage actuel ou même futur empêcherait que la condition d'intérêt à agir soit remplie.

9. Cependant, l'assimilation de l'intérêt au dommage est contestable. À raison, la jurisprudence précise que « l'existence du préjudice invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de l'action mais de son succès »[389]. L'intérêt serait alors non le dommage effectif, mais le dommage invoqué. Chaque fois qu'on admet une action pour un intérêt qui n'est pas né et actuel, il n'y a pas de dommage. Ainsi en est-il, par exemple, des actions déclaratoires. En outre, l'action en justice n'est pas toujours liée à l'existence d'un dommage. La seule violation d'une règle de droit, indépendamment de tout dommage, peut suffire. Le recours pour excès de pouvoir ou le pourvoi dans l'intérêt de la loi en attestent, car il n'y a alors pas de dommage invoqué. De manière générale, le contentieux objectif admet l'existence d'un intérêt sans dommage. De même en est-il de l'action probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile (ci-après CPC) aux fins d'obtenir des mesures d'instruction *in futurum*. Il n'y a pas de dommages, mais l'action est bien recevable. Certes, ces mesures

386 Cyril BLOCH, préc., note 6, p. 461, n° 390-2.

387 Préc., note 8, n° 78.

388 Loïs RASCHEL, préc., note 2, spéc. n° 22, p. 23 Rappr.; Yves DESDEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, thèse Nantes, 1973, n° 47.

389 Civ. 2e, 6 mars 2004, *Bull. civ*. II, n° 205.

peuvent être obtenues « avant tout procès », mais cela n'exclut pas l'existence d'une action spécifique. L'avantage obtenu n'est pas toujours la compensation d'un dommage.

10. L'action préventive ne pose dès lors pas de difficulté quant à l'existence d'un intérêt à agir, mais quant à l'existence d'une responsabilité. Il y a là de la part des substantialistes une confusion entre l'action et son bien-fondé qu'on retrouve d'ailleurs de manière encore plus flagrante quand il s'agit d'apprécier la légitimité de l'intérêt.

11. **Légitimité de l'intérêt, notion**. La question de la légitimité de l'action se pose à l'évidence, s'agissant du principe de précaution du fait de « l'intense polémique »[390] à laquelle il a donné lieu. L'article 31 du Code de procédure civile qualifie l'intérêt requis de « légitime », ce qui véhicule inévitablement une conception moralisatrice de l'accès aux prétoires[391] dont certains se félicitent tant pour éviter l'encombrement des juridictions que pour éviter des actions « immorales ». L'exemple de l'indemnisation requise de la concubine a pendant longtemps illustré cette conception. La concubine était considérée comme n'ayant pas d'intérêt légitime à demander réparation du fait du dommage par ricochet subi[392]. En vérité, la question n'était pas celle de la recevabilité de son action, mais de son bien-fondé. Cependant par une hypocrisie confortable, les juges préféraient considérer qu'il s'agissait là d'un pur problème de procédure. La confusion est d'ailleurs d'autant plus aisée que Ihering définissait le droit substantiel comme « un intérêt légitime juridiquement protégé ». La Cour de cassation

---

390 Denis MAZEAUD, « La responsabilité du fait des ondes », dans Benoît MOORE, (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2012, p. 880, n° 4.

391 Soraya AMRANI MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », dans Collectif, *Études offertes à Geneviève Viney*, Collection Les Mélanges, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 1, n° 22; Loïs RASCHEL, préc., note 2; Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 101, n° 271 : « La notion « d'intérêt légitime juridiquement protégé » a été parfois utilisée pour limiter le domaine du droit à réparation en opposant une fin de non-recevoir à certaines victimes dont l'indemnisation apparaissait indésirable ». Favorable à cette moralisation, Geneviève VINEY, note sous Civ. 2e, 27 mai 1999, J.C.P., 2000, I, p. 197, n° 5. Voir aussi Patrice JOURDAIN, R.T.D.C., 1999, p. 637.

392 Jusqu'à la jurisprudence *Dangereux*, CM 27 janv. 1970, *Bull. Ch*. mixte n° 1, D. 1970, 201, Combaldieu, JCP 1970, II, 16305, concl. *Lindon*, n. *Parlange*. Solution logique à partir du moment où la Cour de cassation a admis l'indemnisation du fait du préjudice découlant de la mort d'un animal; Civ. 1e, 16 janv. 1962 (Lunus), *Bull. civ*. I, n° 33, D. 1962.199, Rodière, J.C.P. 1962.II.12557, Esmein. Adde TGI Caen, 30 oct. 1962, D. 1963.92, J.C.P. 1962.II.12954.

rappelle régulièrement la distinction qui est pourtant constamment attaquée, qu'on songe à la demande d'indemnisation d'un concubin homosexuel[393], d'un enfant né handicapé ou d'un travailleur non déclaré pour paiement des salaires non perçus.

12. Le principe de précaution est lié à la morale, à l'éthique. C. Thibierge évoque même un fait justificatif qui pourrait paralyser l'action : l'acceptation sociale des risques[394]. Le principe de précaution conduirait au catastrophisme, à la volonté d'une société du risque zéro et à l'étouffement de toute innovation. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas encore nettement reconnu l'usage du principe de précaution. Si elle le vise dans une décision, c'est pour l'écarter en l'espèce[395]. Quant aux juges du fond, très partagés sur la question, ils l'admettent le plus sous couvert d'un trouble anormal du voisinage et se sentent parfois contraints à s'en justifier en évoquant un « principe de précaution renforcé »[396] lié à la vulnérabilité des personnes exposées. C'est pourquoi l'article 110-1 du Code de l'environnement n'évoque que les dommages graves et irréversibles. Là encore, il n'est pas question de recevabilité de l'action car celui qui agit pour obtenir des mesures préventives escompte bien avoir un avantage requis. Refuser ces mesures, c'est se placer sur le bien-fondé de celles-ci, par exemple, parce que le doute légitime n'a pas été établi. Il faut cesser d'user de la procédure pour inventer des barrières à l'accès aux juges qui n'existent pas. La Cour de cassation le rappelle : « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action »[397]. Le doyen Héron voyait d'ailleurs dans la référence à l'intérêt légitime une « erreur de perspective », car il relève « exclusivement du droit substantiel »[398] et non de la procédure. Si « la loi ne vise pas à protéger l'intérêt dont se prévaut une

---

393 En ce sens : TGI Belfort, 25 juill. 1995, J.C.P., 1996.II.22724, Paulin. *Contra* : Civ. 3e, 17 déc. 1997, D. 1998.111, concl. Weber, n. Aubert, J.C.P., 1998.II.10093, Djigo, R.T.D.C., 1998.347, Hauser.

394 Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D., 2004, chron., 577.

395 Civ. 1e, 3 mars 2010, pourvoi n° 09-19108.

396 TGI Grasse, 17 juin 2003, *Resp civ et ass.* 2003, chr. PAR.29, Kowouvih. Confirmé par CA Aix en Provence, 3 juin 2004, 03-12630. Aussi TGI Nanterre, 18 septembre 2008 et CA Versailles, 4 février 2009, J.C.P., 2009 II 1336, Borel, *Resp civ et ass.* 2009, com 75, Courtier, *D.* 2009, 819, Boutonnet, J.C.P., 2009, act. 83, Bloch, 248, n° 3, Stoffel Munck, R.L.D.C., Quezel-Ambrunaz, R.T.D.C. 2009, 327, Jourdain, R.D.I., 2009, 201, Malinvaud.

397 Civ. 3e, 16 avril 2008, *Bull. civ*. III, n° 71.

398 Jacques HÉRON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3e éd., Montchrestien, 2012, n° 68.

partie, on doit en déduire que l'intérêt n'est pas légitime »[399]. L'intérêt à agir doit donc s'entendre d'un intérêt légal, ce qui renvoie aux conditions d'intérêt direct et personnel, intimement lié à la condition de qualité pour agir, et surtout d'intérêt né et actuel qui est évidemment au cœur de la discussion.

13. L'intérêt né et actuel. C'est évidemment le défaut d'intérêt né et actuel qui est mis en avant, s'agissant des actions préventives. La condition d'intérêt né et actuel permet d'éviter « l'encombrement des tribunaux afin que tous ne viennent pas demander des consultations juridiques au juge, soulever des litiges éventuels ou encore, s'occuper d'affaires qui ne les regardent pas »[400]. C'est pourquoi sont en principe prohibées les actions interrogatoires, provocatoires (ou en jactances) et déclaratoires. Il faut attendre que l'intérêt soit né et actuel pour agir. L'action serait ainsi temporairement irrecevable. Cependant, ce principe supporte tellement d'exceptions qu'il faut en renouveler la compréhension. Est ainsi admise l'action interrogatoire en matière de droit des affaires pour éviter la remise en cause de la validité d'une société plusieurs années après sa constitution, car la société n'est pas la seule concernée. Ses salariés, ses créanciers et même l'intérêt de l'économie peuvent être en jeu. Un intérêt supérieur commande donc de passer outre le principe. De même en est-il des actions déclaratoires largement ouvertes dans des contentieux où il est préférable de sécuriser une situation pour éviter des litiges futurs. C'est pourquoi il est admis depuis longtemps qu'il peut exister un « intérêt de sécurité juridique »[401] quant à lui bel et bien né et actuel même si le litige ne l'est pas. On peut encore citer l'action probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile qui est intentée alors qu'il n'y a pas de procès au fond et que l'existence de celui-ci n'est pas une condition de recevabilité de l'action. Loin d'être une exception au principe de l'intérêt né et actuel, on considère qu'il existe actuellement un intérêt de nature probatoire[402]. Intérêt probatoire ou intérêt de sécurité juridique, on constate ainsi en procédure que la condition d'intérêt né et actuel doit s'envisager au regard de l'objet du litige, de ce qui est requis. Si le litige n'est pas né, il peut y avoir un intérêt né et actuel à requérir un objet en particulier.

---

399 Guillaume WIEDERKEHR, « La légitimité de l'intérêt à agir », dans *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 883.

400 Soraya AMRANI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002, n° 62 et les réf.

401 Ch. GIGNOUX, *Les actions préventives. Étude de droit positif français*, Paris, Librairie générale du droit, 1935, pp. 110 et 111.

402 Michel JEANTIN, « Les mesures d'instruction in futurum », Paris, D., 1980, chron., p. 210, n° 27.

14. C'est la raison pour laquelle le doyen Héron avait proposé de substituer la notion d'utilité à celle d'intérêt né et actuel. « La recevabilité de l'action déclaratoire doit être liée à l'utilité de la demande pour l'activité des parties »[403]. Même si le litige n'est pas né, il peut y avoir une utilité à agir maintenant. La jurisprudence s'en fait l'écho en admettant par exemple des actions déclaratoires en incompétence[404] ou une action en déclaration de prescription d'une créance[405]. Il faut donc saisir cette souplesse et mettre en lien intérêt et objet du litige pour pouvoir vérifier si l'action est recevable. Les actions préventives sont admises en matière de responsabilité civile pour éviter un trouble futur mais certain, car l'« intérêt actuel peut consister à se prémunir contre un péril éventuel »[406]. Faut-il l'admettre pour un risque incertain? Dans sa thèse, C. Sintez évoque « un intérêt sécuritaire des justiciables » [407] qui renvoie à l'intérêt de sécurité juridique déjà exposé. Cette sécurité justifierait qu'on admette non plus seulement un intérêt futur mais encore incertain. Pour ce faire, il faudrait se demander si l'action préventive a une utilité, ce qui conduit à faire le lien avec les mesures demandées. La mesure préventive requise a-t-elle une utilité actuelle? La réponse est assurément positive en cas de risque certain. Il doit en être de même s'il s'agit d'un risque incertain, mais jugé suffisamment plausible et sérieux, ce qui dépend de conditions de fond indépendantes de la recevabilité de l'action.

La condition d'intérêt à agir peut donc être remplie, mais il convient alors de vérifier celle de qualité à agir.

B. Qualité à agir

---

403 Préc., note 22, n° 70.

404 Civ. 1e, 7 déc. 2011, n° 10-30.919; Soraya. AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile,* préc*.,* note 9, p. 222 et s. n° 118 (État des questions); Louis D'AVOUT, « Dialogue transatlantique autour d'une règle uniforme de compétence judiciaire »*,* J.C.P., 2012, p. 241; Philippe DELEBECQUE, « Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs », Paris, D., 2012, p. 254.

405 Civ. 1e, 9 juin 2011, n° 10-10.348, J.C.P., 2011, p. 1397, spéc. n° 11, AMRANI MEKKI, D., 2011, p. 2144, n. Creton, D., 2011, p. 2311, n. Grayot-Dirx, *procédures*, 2011, n° 255, Perrot, R.T.D.C., 2011, p. 535, obs. Fages, Dr. et proc. 2011, p. 260, obs. Lefort.

406 Louis HUGUENEY, *S*. 1919, 1, 91. obs sous Civ. 31 déc. 1918.

407 Cyril SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile,* Catherine THIBIERGE (préf.), Paris, Dalloz, 2011, n° 716.

15. **Une action attitrée.** L'action préventive en matière de précaution environnementale est généralement préconisée comme devant être une action attitrée, car réservée aux seules associations de protection de l'environnement. L'explication provient du fait qu'il s'agit d'une « responsabilité sans victimes »[408]. Le recours au corps intermédiaire s'imposerait de ce fait. Autrement dit, « sous l'impulsion du principe de précaution le passage de l'action réparatrice à l'action préventive serait accompagné du passage de l'action individuelle à l'action collective »[409]. C'est la collectivité qui est concernée et l'association pourrait constituer cette « partie collective »[410] chère à Mauro Cappelletti qui l'invoquait par souci de garantie sociale.

16. L'attribution de la qualité à agir aux seules associations agréées pose cependant de nombreuses difficultés. Évidemment, comme en d'autres matières, la question de la légitimité du contrôle étatique se pose, celle des possibles conflits d'intérêts entre une association et le défendeur, entre une association et les victimes potentielles, entre plusieurs associations aussi. De même, on retrouvera là les difficultés de financement des associations qui devront engager des actions, supporter au moins dans un premier temps le coût de la preuve, risquer d'engager leur responsabilité en cas d'action abusive et de mauvaise publicité faite aux parties. Évidemment, de nombreuses adaptations sont possibles. On songe évidemment à la possibilité de considérer que les associations ne seront jamais tenues aux dépens, ce qui est le cas au Brésil, mais cela déresponsabiliserait l'action. Surtout, pourquoi ne pas supprimer les dépens dans d'autres cas d'inégalité de rapports de force entre les parties? S'agissant du coût de la preuve, certains juges audacieux ont admis de faire financer la preuve par l'adversaire en usant d'une interprétation conquérante des articles 145 et 809 du CPC à l'aune des garanties du procès équitable. La Cour de cassation aurait pu se laisser séduire mais n'a pas succombé[411].

---

408 Denis MAZEAUD, *Responsabilité civile et précaution,* dans *La responsabilité à l'aube du XXI*ème *siècle*, Resp. civ. et ass., 2001, p. 75, n° 6. Elle est même sans préjudice et sans indemnisation.

409 Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 4, p. 365, n° 746. Voir aussi, Cyril SINTEZ, préc., note 31, p. 375, n° 665 : « le principe de prévention proportionnelle ne repose pas sur un droit à la prévention du dommage mais sur un devoir de prévention du dommage ».

410 Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », (1975) 27:3 *Revue internationale de droit comparé*, 571, p. 591, n° 13.

411 Civ. 2e, 29 janvier 2015, no 13-24.691.

17. Enfin, une autre difficulté pourrait être liée à la pluralité d'associations agissantes, ce dont le décret du 24 septembre 2014 sur l'action de groupe en France témoigne[412]. Le gouvernement semble en effet rechigner à admettre une association-chef de fil pour ne pas avoir à fixer des critères de choix ni laisser cette responsabilité au juge. La coordination, voire la confusion des actions potentielles pose alors de nombreuses difficultés. Imaginons des actions préventives parallèles requérant des mesures différentes, voire contradictoires. Les règles sur la conciliation nécessaire des décisions de justice peuvent certes être invoquées, mais compliquent d'autant la procédure.

18. Cette attribution de qualité aux seules associations agréées n'est cependant pas une fatalité. Il n'y a pas de lien automatique et nécessaire entre l'absence de victime actuelle et l'attribution de la qualité à agir aux associations de protection de l'environnement. La notion de « victime potentielle » pourrait suffire à attribuer qualité à agir dans une action préventive. À partir du moment où l'action n'est pas liée au dommage, la qualité de victime ne devrait pas d'ailleurs être exigée. L'existence au Portugal ou en Colombie, par exemple, d'une action populaire témoigne du fait qu'une personne peut agir au nom d'une collectivité. En vérité, la justification n'est pas technique mais politique. Il s'agit de rassurer en faisant appel à des associations agréées pour éviter les actions abusives. Dans un premier temps, il est toujours sage de s'y limiter, ce que la récente loi admettant l'action de groupe en France a d'ailleurs fait. Elle ne le peut cependant que dans un État où le tissu associatif est suffisamment important. Il est notable à cet égard que l'action populaire en Colombie soit parfois justifiée par le peu d'associations efficaces.

19. La question peut aussi se poser de la qualité du défendeur[413]. C'est ce que Jaye Ellis a qualifié de « dôme invisible ». Tout le monde est responsable donc personne ne l'est. Il faut construire la visibilité de l'acteur collectif. Parce qu'on en fait partie, on doit se tenir informé. L'article 30 al. 2 du CPC précise que l'action en justice est le droit de discuter le bien-fondé des prétentions de l'adversaire. On a beaucoup discuté sur la qualité de défendeur, envisageant qu'il s'agisse même de

412 Soraya AMRANI MEKKI, Décret sur l'action de groupe. La procédure… enfin !, J.C.P., 2014, p.1822.

413 Yves-Marie SERINET, « Qualité du défendeur », R.T.D. Civ., 2003, p. 203.

groupes professionnels[414]. En vérité, comme pour l'intérêt à agir, la qualité à agir est étroitement liée à l'objet des prétentions. Puisqu'il s'agit de mesures préventives, il faut se demander qui est à même de prendre les mesures requises. Si d'autres personnes peuvent être intéressées, il faut alors penser à utiliser les techniques procédurales adaptées, notamment l'intervention qui peut être forcée (pour un appel en garantie ou une déclaration de jugement commun), mais aussi volontaire pour appuyer la position d'une partie.

20. Action collective par opposition à action de groupe. L'action préventive est généralement qualifiée de collective, car l'action de groupe ne peut se concevoir relativement au seul principe de précaution strictement entendu, du moins dans le sens où le droit français comprend cette dernière notion aujourd'hui. En effet, l'action de groupe est aujourd'hui pensée comme une action en réparation des victimes de dommages matériels (art. L 423 et s. C. Cons.). Elle commence par un jugement de responsabilité et se poursuit par une phase d'indemnisation. À supposer, comme cela est prévu, qu'elle soit étendue au domaine de la santé et de l'environnement, une telle action est évidemment envisageable. Cependant, elle le sera pour des victimes ayant subi un dommage devant être indemnisé. On a ainsi évoqué l'intérêt d'une « class action » verte. L'action de groupe actuellement existante pourrait ainsi s'adapter aux besoins liés à l'admission de dommages autre que matériels. Comme en matière sanitaire, la nécessaire individualisation du préjudice doit amener à se contenter d'une phase collectivisée pour déclarer la responsabilité et laisser aux victimes le soin d'agir pour réclamer à titre individuel leur indemnisation. En ce cas, l'action individuelle a toutefois l'inconvénient d'encombrer les juridictions et d'empêcher une collectivisation du procès durant toute la procédure. Une autre manière de la concevoir serait de recourir à une objectivation du dommage, ce qui serait encore une nouvelle étape à franchir[415].

---

414 Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 4, p. 391, n° 803 : « chaque producteur relevant d'une branche professionnelle, ou d'un ordre, pourquoi ne pas réfléchir à un système de responsabilité incitant cet organe représentatif à mettre en œuvre les mesures de prévention décidées par le juge. Cette solution s'avère souhaitable et réalisable ».

415 Voir Gaëlle RABUT, *Le préjudice en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 17 octobre 2014, J.-C. Saint-Pau (dir.).

21. Pourtant, lorsqu'on envisage l'action préventive pour satisfaire au principe de précaution qui concerne des victimes hypothétiques, un tel modèle est inadapté. On peut certes concevoir une action de groupe visant à la prévention d'un trouble certes futur mais certain et on pourrait à la rigueur le concevoir pour le préjudice d'angoisse en lui-même assez critiquable. Cependant, dès lors que le risque est incertain, l'indemnisation est inenvisageable de même que le modèle d'action de groupe français[416].

22. L'action préventive en matière de précaution se satisferait ainsi bien plus d'une action collective qui viserait non pas à l'indemnisation, mais à la prise de mesures préventives. Certains évoquent l'idée d'une class action verte soulignant le fait qu'il faut rompre le lien entre action de groupe et indemnisation. La difficulté est en réalité terminologique. Lorsqu'on envisage une action pour obtenir une injonction de faire ou de ne pas faire, il est bien plus question en France d'action collective, car intentée par l'association dans un intérêt collectif que d'une action de groupe. « Par nature elle a un effet *erga omnes* qui profite à toutes les victimes potentielles, même si l'action est exercée isolément »[417].

23. Or, dans certains pays, le même modèle peut recevoir la qualification d'action de groupe. Ainsi, la class action en matière environnementale a été critiquée au Canada du fait d'une inadéquation avec les besoins d'effectivité du droit de l'environnement[418]. Cependant, les critiques adressées l'ont été

---

416 Voir cependant. Cyril SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile,* préc., note 31, spéc. n° 782 pp. 436-437 : « Pour une action de groupe préventive : la première phase d'une action de groupe préventive devrait, selon nous, ne pas trancher la question de la responsabilité du professionnel. Elle aurait uniquement pour objet de contrôler la représentativité du demandeur principal. Après cette phase, un appel public à l'initiative du représentant, et pas uniquement du juge, permettrait de recueillir le plus de membres possibles à l'action. La seconde phase conduirait à un système d'opt in, dans la mesure où le système d'opt out semble être inconstitutionnel. …La décision prononcerait une sanction préventive sous la forme d'une injonction de ne pas faire à l'adresse du professionnel. L'action de groupe préventive est donc plus respectueuse des effets de la responsabilité civile puisqu'elle ne repose pas sur la notion de réparation ». On s'éloignerait du modèle français, ce qu'on peut tout à faire concevoir intellectuellement. Cependant, dans un tel modèle, on peine à comprendre pourquoi il faudrait constituer un groupe de personne afin de prononcer une injonction de ne pas faire.

417 Stéphanie GRAYOT, préc., note 1, spéc. n° 502, p. 467.

418 Heather MCLEOD-KILMURRAY, « Hollick and environmental class », préc., note 3. L'affaire Hollick est le premier recours collectif intenté au Canada en matière environnementale à propos des nuisances environnementales d'une décharge. L'auteure critique le fait que la phase de certification (exclue en droit français) sous-estime l'intérêt collectif en jeu et l'objectif d'effectivité du droit de l'environnement qui devrait primer. Il convient de noter toutefois qu'en l'espèce il existait des dommages actuels justifiant une demande de dommages et

au regard du modèle de class action applicable et notamment de sa phase de certification qui est justement exclue dans le droit français qui a été conçu comme antimodèle. Ce qui est critiqué est principalement le fait que la protection de l'environnement requiert des class action en injonction pour prévenir des atteintes à l'environnement alors que la certification est refusée du fait de l'absence de réelle classe et d'une absence de supériorité du traitement par cette procédure plutôt que par des actions individuelles (conditions de la certification). Or, le groupe existe et l'effectivité de la protection de l'environnement requiert de concevoir des actions « en groupe ». Il ne s'agit alors pas, selon les termes utilisés en Amérique latine, de protection des intérêts individuels homogènes, mais de protection d'un intérêt diffus. Cette protection prend la forme dans certains États de class action, mais il s'agit d'une notion procédurale dont les contours sont particuliers. En France, l'action de groupe est pour l'heure uniquement conçue à des fins indemnitaires. Permettre l'action d'une association de protection de l'environnement pour obtenir une injonction renvoie plus directement à la notion d'action collective. En ce cas, l'association n'agit pas pour la protection d'une somme d'intérêts individuels, comme dans l'action de groupe, mais pour la protection d'un intérêt collectif.

24. La difficulté rencontrée actuellement pour l'action collective en France tient au fait qu'elle est elle-même souvent associée à une demande en indemnisation. Or, l'indemnisation d'une association pour un intérêt collectif est chose curieuse. La jurisprudence en vient même à admettre qu'elle perçoive une indemnisation pour l'atteinte à l'intérêt collectif, car ce dernier est contenu dans son objet social. Elle subirait un dommage du fait de l'atteinte à l'environnement et serait indemnisée de ce fait, ce qui est critiqué comme constituant un enrichissement sans cause. Aussi, la reconnaissance d'un préjudice écologique pur[419] n'amène-t-elle pas à une réparation adaptée, mais à une confusion entre intérêt collectif et intérêt individuel de l'association[420]? Cette dernière devrait à tout le moins recevoir une indemnisation qu'elle affecterait à la remise en état, par exemple.

---

intérêts compensatoires et punitifs. La précaution est invoquée plus particulièrement à propos de l'intérêt collectif en cause.

[419] Club des juristes (Yann Aguila dir.), *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012. Http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/ 2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf.

[420] Mireille BACACHE, Définir les modalités de la réparation du préjudice écologique devant le juge. - Commentaire de la proposition n° 3 du rapport « Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des

25. Consacrer une réelle action collective efficace devrait conduire à admettre une action collective en injonction, et notamment en cessation de l'illicite. Cependant, c'est ici la limite du principe de précaution, car, en soi, l'activité n'est pas illicite, mais seulement affectée d'un risque incertain. On peut donc concevoir sans difficulté la création d'une action collective en injonction, mais le tout est de passer le Rubicon pour concevoir qu'on enjoigne à un professionnel de prendre certaines mesures alors même que le risque est incertain. C'est là un choix de politique substantielle. Le modèle procédural existe et n'a pas besoin, en droit français, d'une action de groupe, l'action collective suffisant[421]. En revanche, on peut se demander comment cette action collective pourrait se coordonner avec une action de groupe. Pour l'heure, rappelons que la loi Hamon refuse qu'une association agisse en même temps pour son préjudice individuel et pour ceux des victimes potentielles. Elle n'a rien dit s'agissant de la protection de l'intérêt collectif. Si une action en déclaration de responsabilité était consacrée dans un proche futur en France, on pourrait à l'évidence imaginer que le juge acte la responsabilité et ordonne certaines mesures dans une même décision. Cette action est en vérité plus singulière au regard des mesures sollicitées. Car, si l'action est spécifique, c'est aussi en raison des pouvoirs juridictionnels sollicités.

II. Les mesures préventives prononcées au nom du principe de précaution

26. Le bien-fondé des prétentions d'une partie basée sur le principe de précaution ne relève pas que du droit substantiel, mais aussi des pouvoirs juridictionnels. La question est ici de savoir

juristes, Environnement, Juillet 2012, Dossier 6, spéc. n° 24 : après avoir clairement distingué les différents préjudices consécutifs au dommage environnemental en opposant les préjudices personnels subjectifs, subis par les sujets de droit et notamment les associations, au préjudice écologique objectif consistant en une « atteinte aux actifs environnementaux non marchands » et à « l'intégrité du patrimoine naturel », les magistrats ont par la suite confondu ces différents préjudices au stade de l'évaluation des dommages et intérêts ».

[421] L'association n'a même pas besoin d'être habilitée. Civ. 1e, 18 septembre 2008, *JCP* 2008, II, 10200, Nicolas DUPONT, 2009, I, 123, n°3, Philippe STOFFLEL-MUNCK, *rev. soc*., 2008, n°246, Renaud MORTIER.

si le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures préventives alors que le risque est incertain[422] (A). Cette question doit alors conduire à la nature des mesures préventives (B).

A. Pouvoirs juridictionnels

27. **Juridiction provisoire.** La nature préventive des mesures requises est associée à sa nature provisoire, souvent mal comprise. De ce fait, les mesures préventives sont souvent assimilées au pouvoir du juge des référés alors que le juge du fond a évidemment la possibilité d'en connaître.

28. L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose que le principe de précaution suppose des mesures provisoires et proportionnées ainsi que des mesures d'évaluation. La loi Barnier imposait aussi un coût économiquement acceptable à la prise de telles mesures. Les actions préventives sont ainsi liées à des mesures de nature provisoire, ce qui justifierait l'attribution de cette action préventive au juge des référés. Pourtant, il s'agit là d'une version déformée et déformante de la notion de provisoire. En effet, le juge des référés est une juridiction du provisoire, mais ne prend pas pour autant seulement des mesures temporaires et réversibles. La jurisprudence en matière de référé montre en effet des exemples où le juge ordonne même la destruction d'un barrage[423]. Les juges qui ont statué sur le principe de précaution ont d'ailleurs prononcé des démantèlements d'antennes sans avoir égard à la nature provisoire de la mesure. C'est peut-être parce que, en procédure civile, le provisoire a une autre signification ou, plutôt, des significations. Comme le notait J. Vincent, la notion de provisoire est riche de sens et souvent « sont confondus le nom (provision, par provision), l'adjectif (provisoire), l'adverbe (provisoirement). Par provision se dit d'une décision rendue avant d'aborder le fond; quant à l'adjectif provisionnel, il colore des situations aussi différentes que jugement, exécution, détention provisoire, liquidation provisoire d'astreinte, règlement provisoire d'ordre ou de contribution »[424].

---

422 La question de la preuve qui y est éminemment liée. V. not. Mustapha MEKKI, « Le droit privé de la preuve… à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014, 1391.

423 Civ. 3e, 24 juin 1988, Procédures, 1998, com. n°244, R. Perrot.

424 Jean VINCENT, « Les pouvoirs du juge en matière de provision », dans *Mélanges Pierre Kayser*, t. II, Paris, PUF, 1979, p. 417.

29. En procédure civile, « provisoire » s'oppose à « définitif » et a essentiellement pour objet de caractériser l'autorité et les effets de la décision rendue. Le terme « définitif » est lui-même extrêmement flou, car il est le plus souvent confondu avec le terme « irrévocable ». « Définitif » ne veut pas dire qu'on ne peut revenir dessus, mais que la décision a une autorité de chose jugée qui ne peut être combattue que par l'exercice d'une voie de recours. Un juge du fond rend ainsi une décision définitive qui le dessaisit et il ne peut revenir sur celle-ci. Au contraire, le juge des référés rend une décision provisoire parce qu'elle n'a pas autorité de chose jugée. De ce fait, un juge du fond peut revenir dessus de même que le juge des référés peut changer sa décision en cas de « circonstances nouvelles »[425] (art. 488 du CPC). Pourtant, depuis P. Hébraud, on s'accorde à considérer que l'ordonnance de référé a une autorité de chose jugée « au provisoire »[426]. Ses décisions ne sont le plus souvent pas temporaires. Il est même préférable qu'elles ne le soient pas, car le référé sert de voie de délestage. En matière de référé provision, la partie pouvant obtenir 100 % de sa créance, il n'y a souvent pas d'intérêt à agir au fond. Ainsi n'existe-t-il pas, comme en Espagne, d'obligation d'agir au fond[427]? Parfois, le juge peut imposer une telle obligation, mais cela relève de sa seule décision comme dans l'affaire Gubbler sur le « grand secret ». En outre, *de facto*, la juridiction des référés est devenue définitive et on observe en droit des affaires, par exemple, qu'elle est devenue la juridiction de principe.

La question se pose à savoir si le juge des référés tire de ses pouvoirs la possibilité de prendre des mesures préventives. Classiquement, les auteurs envisagent le référé de principe, référé de l'article 808 du CPC et le référé sauvegarde de l'article 809 pour juger que l'un ou l'autre devraient évoluer pour admettre l'action préventive par une adaptation, voire une suppression de ses conditions. Cette mutation de l'office du juge des référés est envisageable, mais se pose la question de sa pertinence.

30. Référé sauvegarde et principe de précaution. Le référé sauvegarde est le plus souvent invoqué dans la mesure où il a indirectement servi en matière de précaution sur le fondement du trouble

---

425 À défaut, le juge ne peut rétracter l'ordonnance précédemment rendue : Civ. 2e, 20 nov. 1985, *Bull. civ.* II, n° 177; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 334, Guinchard et Moussa, *Rev. huissiers* 1988. 85, Lescaillon.

426 Henri MOTULSKY, *Écrits,* T.I., Paris, Dalloz, 1973, p. 184 et s.

427 Au contraire, le rapport Magendie préconisait de donner un caractère définitif à la décision de référé qui ne serait pas contestée pendant un délai de deux ans; J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice,* Paris, La documentation française, 2004.

anormal de voisinage. « La présentation binaire de l'article 809 al. 1 occulte la dimension préventive du cas d'ouverture visant "le trouble manifestement illicite"… malgré le caractère mouvant de cette notion, on peut dire que le trouble est une source possible de dommages et qu'agir sur lui permet de prévenir ses effets dommageables »[428]. Il s'agit de la possibilité pour le juge des référés d'ordonner des mesures provisoires ou de remise en état en cas de dommage imminent[429] ou de trouble manifestement illicite[430]. Mais, « Tout cela est fort discutable : le dommage n'a rien d'imminent et le trouble qui, en présence d'un risque hypothétique, semble plutôt imaginaire, il n'est pas illicite si toutes les normes d'implantation ont été respectées »[431].

31. L'urgence n'est pas en soi une condition, mais est contenue dans l'imminence du dommage ou dans l'illicéité, car il est toujours urgent d'y mettre fin. Le premier cas d'ouverture est celui du dommage imminent. À l'évidence, l'imminence fait ici défaut. En outre, il en est de même du dommage, car celui-ci n'existe qu'en cas d'illicéité puisqu'il n'y a pas d'autonomie des deux cas d'ouverture. Pour parler de dommage, il faut une illicéité. « L'appréciation par le juge de la notion de dommage ou de trouble manifestement illicite revient à une analyse juridique de l'apparence du droit, de la même façon que la vérification de l'absence de contestation sérieuse »[432]. Le deuxième cas est le trouble manifestement illicite alors que le caractère manifeste comme l'illicéité fait défaut ici. On a proposé de faire évoluer les conditions considérant notamment que le dommage n'est pas une condition de la responsabilité, mais son objet même. « [À] bien y réfléchir le dommage est moins la condition de la responsabilité que des dommages et intérêts, de la réparation : c'est plutôt l'objet de la responsabilité »[433], a-t-on considéré dès 1927! P. Jourdain préconise la suppression de la condition de

---

428 Préc., note 1, n°52.

429 TGI Angers, 5 mars 2009, n° 08/00765, *JCP* 2009, II, 10099, note J.-V. Borel.

430 TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/00658*, D*. 2009, p. 2164, obs. Y. Roquet*, JCP* 2009. 455

431 Préc., note 15, n°27.

432 Soraya AMRANI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, 2000, spéc. note 24, n°492, Maurice FRANCÈS, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du référé*, Thèse Toulouse, Paris Sirey, 1935, spéc. p. 50 : « À peine de créer une situation provisoire dépourvue de base sérieuse, arbitraire, contraire au bon sens, le juge des référés est forcé d'examiner la matérialité et la portée des droits contestés.

433 Jean BERTHE DE LA GRESSAYE, « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », *Revue de droit*, 1927, p. 282 et s., et 1928 p. 45 et s., n° 451, pp. 409 « dans tous ces cas où la responsabilité est

dommage imminent[434]. On s'écarterait cependant du référé sauvegarde en créant un référé environnemental spécifique.

32. Référé urgence et principe de précaution. – Le référé urgence de l'article 808 du CPC est, quant à lui, généralement écarté du fait de ses conditions. La première concerne l'urgence qui ferait défaut en matière de précaution.Anne Guégan propose de ce fait de substituer à la condition d'urgence celle de dommages graves et irréversibles[435]. Il est toutefois permis de s'interroger sur l'objet de l'urgence. L'urgence n'est pas dans l'imminence d'un dommage, car ce n'est pas l'objet de l'action. Il ne s'agit pas d'indemniser. L'urgence concerne l'objet du litige, les mesures préventives. Il y a alors urgence à prendre des mesures maintenant pour éviter le risque même incertain. Peu importe alors que le risque soit envisagé avec 30 ans d'avance, car l'urgence concerne la prise des mesures. C'est ici que la gravité et l'irréversibilité invoquées par Anne Guégan appuient l'urgence à prendre des mesures, mais ne doivent pas nécessairement s'y substituer. L'article 808 du CPC se contente en effet de faire référence aux cas d'urgence. Il faut qu'il soit urgent de prendre des mesures. En outre, l'urgence est de toute façon de moins en moins imposée en matière de référé qui est aujourd'hui essentiellement une voie de délestage. Si l'urgence n'est pas requise pour une somme d'argent dans le référé provision, elle ne l'est pas non plus et ne devrait pas l'être pour un risque sanitaire. Ici, la création d'un référé environnemental pourrait se concevoir, mais sa pertinence dépend de sa nécessité au regard des référés existants, ce qui amène à vérifier la deuxième condition du référé urgence.

33. Cette deuxième condition concerne l'obligation non sérieusement contestable et est le contraire même du principe de précaution pour lequel le doute est précisément la contestation sérieuse. La contestation sérieuse serait « celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots »[436]. La

---

plutôt tournée vers le futur, seule importe véritablement l'obligation préexistante et sa méconnaissance. La responsabilité agir alors non pas directement sur le dommage mais sur sa source pour la tarir ».

434 Patrice JOURDAIN, *Principe de précaution et responsabilité civile*, LPA, 30 novembre 2000, n° 239, spéc. p. 56; V. aussi G. VINEY, « Le point de vue du juriste », dans *Colloque le principe de précaution,* préc., p. 70

435 Anne GUÉGAN, *Dommage de masse et responsabilité civile,* Paris, LGDJ, 2006, spéc. p. 168.

436 Philippe BERTIN, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. civ., V° Référé civil, spéc. n° 149.

juridiction des référés est alors qualifiée de théâtre des apparences[437]. Le juge des référés est le juge de l'évidence[438]. Mais c'est alors oublier que le référé urgence pose une condition alternative. Ou bien il n'y a pas de contestation sérieuse pour justifier des mesures provisoires, ou bien il existe un différend pour justifier des mesures conservatoires. Le principe de précaution peut justement établir un différend justifiant les mesures conservatoires. La question rejaillit encore une fois sur l'objet de l'action préventive, c'est-à-dire la nature des mesures préventives.

Il est dès lors possible d'envisager un assouplissement des conditions du référé. Cependant, la procédure ne semble pas adaptée, car elle reste superficielle et le recours au juge du fond doit être préféré.

34. Juridiction au fond. Parce que la Charte de l'environnement évoque les mesures provisoires, les auteurs se sont souvent focalisés sur le juge des référés et si certains comme G. Viney ont suggéré de recourir au juge du fond, il y a eu peu de développements techniques. Le juge du fond a tout à fait la possibilité de prendre des mesures provisoires. Elles sont alors provisoires par nature au regard de leur objet et pas parce qu'elles sont ordonnées par une juridiction du provisoire. Cependant, ces mesures provisoires sont ordonnées pour gérer la situation pendant le cours, parfois long, de l'instance. Le juge peut ainsi ordonner une provision, octroyer la garde d'une enfant à la mère pendant l'instance… Pour le reste, le juge prend des décisions qui ont autorité de chose jugée et qui le dessaisissent (art. 480 et 481 du CPC). Cette règle n'est pas adaptée à la nature évolutive de certains contentieux. C'est la raison pour laquelle certains juges prennent des décisions « en l'état », ce qui suggère qu'en cas d'évolution, les parties peuvent revenir devant lui. Cependant, la Cour de cassation considère régulièrement que la mention « en l'état » importe peu et que la décision a bien autorité de chose jugée. De ce fait, elle ne peut être remise en cause que par les voies de recours et dans les délais imposés pour ce faire. Cependant, cette position de principe laisse place à des assouplissements.

437 Robert MARTIN, « Le référé théâtre d'apparence », D. 1979, 158.

438 V. not. Marie-Claire RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse », Gaz. Pal., 2, 1991, 355 : « Parce qu'elle est substituée à l'ancienne interdiction de préjudicier au principal, l'absence de contestation sérieuse est définie comme l'évidence portant sur le fond du droit », Bruno PETIT, « L'évidence », RTD civ., 485, 1986.

35. Il existe des hypothèses où, par nature, le juge a une fonction d'accompagnement évolutive. Ainsi, le juge de la famille est qualifié de « juge de la durée »[439]. Comme le disait déjà M. Ancel, « Il [le juge] est moins tourné vers un passé qu'il aurait à régler que vers un avenir à organiser, non par une décision impérative, mais par la compréhension et avec la participation de ceux qu'il assiste autant qu'il les juge »[440]. Transposée à la matière environnementale, la citation est éclairante. La matière litigieuse peut ainsi justifier une adaptation du rôle du juge. En matière familiale, par exemple, non seulement il est juge de la durée, mais, en outre, il statue de manière souvent pragmatique et adaptée en tenant compte de considérations éloignées de la pure et stricte application du syllogisme judiciaire. En matière de violences conjugales, par exemple, il peut ordonner une interdiction de sortie du territoire, une interdiction d'entrer en contact avec la victime, une rencontre des enfants dans un milieu médiatisé, etc. Et toutes ces mesures seront adaptées à l'évolution de la situation.

36. On pourrait ainsi envisager un juge du fond, pas nécessairement spécialisé, mais qui interviendrait en droit de l'environnement pour accompagner les parties dans la gestion de la question environnementale? Reste à savoir quel type de mesure il serait amené à prendre.

B. Typologie des mesures préventives

37. **Variété des mesures possibles.** L'action préventive fondée sur le principe de précaution a pour particularité de devoir amener à des mesures préventives adaptées et parfois originales. « […][L]es sanctions préventives sont hétéroclites et ce qu'elles partagent ne se réduit pas à une unique fonction… elle partage la prévention en tant que finalité juridique et non en tant que fonction. »[441] Il faut ainsi envisager le type de mesures envisageable.

---

439 Jean VINCENT, *Rapport de synthèse,* dans *Les juges uniques,* IX[ème] Colloque I.E.J 20-21 mai 1974, Nice, 1974, pp. 98 et s., spéc. p. 103 et 111.

440 Marc ANCEL, *Le juge du divorce*, Centre de droit comparé, La Documentation française, service de la documentation et de la recherche, septembre 1977*,* spéc. p. 53 : « Il [le juge] est moins tourné vers un passé qu'il aurait à régler que vers un avenir à organiser, non par une décision impérative, mais par la compréhension et avec la participation de ceux qu'il assiste autant qu'il les juge ».

441 Préc., note 31, spéc. n°672, p. 378-379.

38. Les mesures préventives sont extrêmement variées, peuvent se combiner entre elles et sont le plus souvent adaptées par le juge au gré de la situation d'espèce. Elles ont cependant un régime unitaire. Globalement, il est possible de les classer en deux catégories selon qu'il s'agit de mesures anticipatoires ou d'attente. Les mesures anticipatoires au sens procédural du terme renvoient à une anticipation de la décision au fond. Selon les termes de C. Bléry, la mesure d'anticipation est un « relais » du droit substantiel et « un filtre », car n'en a pas les mêmes effets[442]. Il s'agit d'hypothèses où le juge a une fonction de « police des situations manifestement illicite »[443], c'est-à-dire les hypothèses où il est juge de l'évidence. « Dans l'exercice de cette fonction, son pouvoir de juridiction se dessine plus nettement : la mesure n'est prise qu'après constatation du droit évident du demandeur. »[444]. Ce type de mesure est ici exclu. Si les spécialistes de responsabilité civile évoquent le terme de mesures anticipatoires, c'est plus pour souligner le fait qu'on anticipe la réalisation du dommage que pour renvoyer à cette catégorie procédurale.

39. La deuxième catégorie concerne les mesures d'attentes ou conservatoires qui semblent plus adaptées.C. Thibierge évoquait ainsi une « responsabilité conservatoire » en matière de précaution[445]. Il est évident que les mesures préventives pourraient consister à préserver, donc à conserver une situation. Cependant, la distinction entre anticipation et attente n'est pas évidente. Interdire une activité pour conserver une situation est-elle une anticipation de la décision au fond? [446]. Surtout, en matière de précaution, on peut envisager des mesures difficilement classables, car originales. Ainsi, pour G. Martin « la décision d'interdire une activité […] ne peut être prise qu'à titre provisoire et doit nécessairement être associée à une production de connaissances d'autant plus rapide et complète que l'activité en cause aura été momentanément paralysée »[447]. L'idée d'imposer une mesure consistant à

442 Corinne BLÉRY, *L'effectivité substantielle des jugements civil*s, Paris, LGDJ, 2000, spéc. n°422.
443 Jacques NORMAND, « Le référé rétractation à son point d'équilibre », RTDciv. 1998, 972.
444 Jacques NORMAND, « Les problèmes d'urgence en droit du travail », *Dr soc*. 1980, pp. 45 et s. spéc. p. 47.
445 Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D., 577, 2004.
446 Préc., note 1, spéc. n°122, p. 103.
447 Préc., note 5.

produire des connaissances est reprise par le rapport Viney et Kourilsky[448]. La mesure consisterait ainsi à préciser l'obligation de vigilance en imposant concrètement les moyens d'y satisfaire.

40. Il est même possible d'envisager une mesure de médiation en indiquant un cap et en laissant les parties libres de décider des modalités, le juge n'intervenant qu'à titre subsidiaire pour combler une lacune. On pourrait ainsi s'inspirer du rapport Pécaut-Rivolier sur les actions collectives en matière de discrimination qui préconise une action en déclaration de responsabilité qui aurait pour objet de demander à l'employeur de rendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux discriminations. Il devra ainsi agir positivement et ce n'est qu'en cas de lacune que chaque salarié pourrait justifier du jugement pour demander réparation[449].

41. **Choix des mesures.** Devant cette variété de mesures envisageable et leurs formes originales, la question du choix et de sa latitude pour les prononcer se pose inévitablement. D'abord, parce qu'il est possible de craindre un juge hégémonique. Ainsi, selon un auteur, « en procédure, les mesures d'anticipation sont prononcées sans garantie particulière. Or, il est nécessaire d'apporter un gage de sécurité juridique tant la possibilité d'arbitraire est grande. Nous plaidons pour que les mesures d'anticipation soient une notion de droit positif attachée de garanties juridiques précises. […] le caractère adéquat et proportionné des mesures d'anticipation [relevé] […] [serait] deux exigences allant en ce sens »[450]. Une telle « précaution » est louable. On peut ainsi légitimement se demander si le démantèlement d'une antenne de téléphonie mobile est proportionné au sentiment d'angoisse![451] Il ne s'agit alors pas du principe de précaution *stricto sensu*, car le dommage est actuel pour un risque incertain. Ceci étant dit, la consistance du dommage est pour le moins contestable.

---

448 Geneviève VINEY et Philippe KOURILSKY, « Le principe de précaution », http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000402/0000.pdf, spéc. 181.

449 Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « Lutte contre les discriminations au travail », http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-l-pecaut-rivolier-2013.pdf

450 Préc., note 31, spéc. n° 749, p. 420.

451 Patrice JOURDAIN obs., RTD civ., CA Versailles, 327, 2009, spéc. n°29: « il convient de se demander si la mesure de cessation ordonnée n'est pas disproportionnée avec le préjudice, surtout si l'on ne retient qu'un préjudice moral ? On répondrait à cela qu'elle est adaptée au risque. Mais l'on pourrait alors rétorquer que ce risque reste hypothétique ! »

42. Pourtant, elle n'a rien de singulier au regard de l'encadrement existant des pouvoirs du juge. D'abord, le juge ne peut modifier l'objet du litige et accorder une mesure qui ne serait pas demandée du fait du principe dispositif, à moins qu'elle produise les mêmes effets. On privilégie ainsi parfois la finalité poursuivie à l'habillage juridique des demandes formulées. Ensuite, sa décision est nécessairement soumise à la contradiction des parties. Surtout, le juge a toujours été guidé par la nécessité de prendre des mesures adéquates et proportionnées. S'agissant du juge des référés, cela est même inhérent à sa nature de juge de l'urgence. Comme l'indiquent Solus et Perrot, le juge doit « déterminer librement les modalités qui semblent le plus appropriées au résultat économique recherché »[452]. C'est ainsi qu'en matière de presse, par exemple, il peut interdire un ouvrage sur tout le territoire ou sur une zone géographique donnée, voire se contenter de supprimer certains passages ou de les anonymiser. Comme l'indique le doyen Normand à propos des référés classiques, « la balance s'impose des intérêts en présence, plus la mesure est contraignante pour celui qui la subit, plus pressant doit être l'intérêt de celui qui la requiert »[453]. La proposition n'est ainsi pas nouvelle, mais appliquée à la matière environnementale. Ainsi, les propos de G. Martin font échos en cette matière à ceux du doyen Normand : « plus la mesure de précaution immédiate sera forte et apparaîtra comme un frein à l'activité en cause et plus la production de connaissances devra être regardée comme urgente et contraignante »[454]. En outre, l'article 110 C. env. fournit un fil conducteur utile à travers la notion de « coût économique acceptable ».

43. Le principe de précaution entendu strictement comme visant uniquement les risques incertains amène à confronter le droit processuel à ce nouveau besoin de sécurité, à cette vision renouvelée de la responsabilité tournée vers l'avenir. Pour reprendre un proverbe soufi, « s'éveiller, c'est changer de perspective »[455]. La perspective procédurale permet, à notre sens, de répondre à de nombreuses interrogations et craintes du droit substantiel sans pour autant remettre en cause les principes inhérents à la matière. Il n'est ainsi pas même nécessaire d'envisager un vrai droit processuel de

452 Henry SOLUS et Roger PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1991, spéc. n° 67 et 69.
453 Jacques NORMAND, « Les limites du référé probatoire », RTDciv., 1990, pp. 134 et s.
454 Préc., note 5.
455 Pir Vilayat Inayat Khan, sage sufi.

l'environnement si ce n'est pour souligner les adaptations bienvenues des concepts qui n'en forment cependant pas un corps autonome.

Regards sur le principe de précaution en droit de l'Union européenne

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE FRANÇAIS, REGARD COMPARATISTE

Mathilde Hautereau-Boutonnet
Professeure de droit privé, Université Jean Moulin, Lyon 3

44. En adoptant un regard de juriste français[456], s'intéresser aux conséquences du principe de précaution en droit de la responsabilité civile peut revêtir *a priori* un arrière goût de déjà vu et revu. Pour deux raisons. D'une part, parce que tout semble avoir été dit et redit sur le sujet, depuis plus de 15 ans. D'autre part, parce que, à l'occasion de décisions récentes provenant du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation[457], la jurisprudence pourrait bien avoir définitivement enterré une part du sujet en mettant fin aux raisons d'être du principe de précaution, à savoir la possible prévention des dommages.

45. Toutefois, il faut ici se méfier. Décrié et critiqué par certains, loué par d'autres, ce principe réapparaît régulièrement dans le débat politique. Il fait encore l'objet de « conversation juridique et politique » et peut « renaître de ses cendres » sous l'influence de nouveaux scandales ou risques sanitaires et environnementaux[458]. Pour preuve, en droit français, une récente proposition de loi

456 Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005; Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, dir, *Le principe de précaution : rapport au premier ministre,* Paris, Éditions Odile Jacob, 2000; Geneviève VINEY, « Le point de vue du juriste sur le principe de précaution » (2000) 239 LPA 66; Anne GUÉGAN, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile » (2000) 2 RJE 147; Patrick JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile » (2000) 239 LPA 51; Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir » (2004) 9 D 577 (Dalloz); Denis MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution » (2001) 14 RCA 72.

457 V. la seconde partie de cet article.

458 Sur ce constat, v. G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien? », *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 555.

de révision constitutionnelle vise à retirer ce principe de la Charte de l'environnement[459] pendant qu'une autre milite pour l'avènement d'un « principe d'innovation » aux côtés du principe de précaution[460].

46. Surtout, il reste à découvrir tout un pan du sujet : celui du droit comparé de la responsabilité civile propice à renouveler la réflexion. Le but de nos propos est alors de dresser un bilan du droit français tout en apportant quelques premiers éclairages comparatistes. En effet, en dirigeant un projet de recherche sur le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé avec le Professeur Jean-Christophe Saint Pau, soutenu par la Mission de Recherche Droit et Justice, nous avons eu l'opportunité de découvrir de plus près[461] certains aspects civils des droits chilien, argentin[462], japonais ou encore sud-africain.

47. Premières impressions, qui restent encore au stade de la découverte, au regard des premiers pays étudiés, si le principe de précaution demeure essentiellement un principe de droit international de l'environnement, il n'est pas pour autant ignoré du contentieux de la responsabilité civile[463]. Il se découvre au travers du contentieux environnemental et sanitaire relatif aux dommages en proie à l'incertitude scientifique. Ces pays n'échappent pas à la question de savoir comment le droit de la responsabilité civile traite l'incertitude scientifique avant ou après la réalisation des dommages. Toutefois, malgré le soutien de certains juges du fond en faveur d'un assouplissement de la preuve du dommage[464] ou de certaines opinions dissidentes émises par des juges, le principe de précaution n'exerce pas véritablement d'influence en droit de la responsabilité civile.

---

459 Proposition n° 2033.

460 Proposition n° 1580.

461 Les résultats de la recherche donneront lieu à publication. Sur la comparaison du droit français et des droits sud-américains, v. M. BOUTONNET et P. MORAGA (dir.), *El principio precautorio desde una mirada comparada*, éd. Thomson and Reuters, à paraître. A venir, surtout v. le Rapport final remis de la Mission de Recherche Droit et Justice.

462 Nous remercions notamment les professeurs A. Kemelmajer de Carlucci, M. Tapia, S. Rios Labé, Taro Nakahara, J. Knetsch et T. Otsuka pour nous avoir délivré les informations auxquelles la contribution fait référence.

463 V. la première partie de cet article.

464 V. la contribution de Aida KEMELMAYER de CARLUCCI, "El principio precautorio desde una mirada comparada", préc., à paraître.

48. Quelle différence alors avec le droit français? D'emblée, la première grande différence est que, contrairement à ces pays, la Cour de cassation a clairement reconnu la possibilité d'invoquer le principe de précaution comme une norme de comportement juridiquement sanctionnable dans les rapports entre personnes privées. Secondement, si le contentieux étranger ne l'ignore pas, en revanche, quantitativement, les juges français semblent avoir eu l'occasion d'y être davantage confrontés, en échos ici à l'imagination des plaideurs. Surtout, et ce n'est pas sans lien, le débat doctrinal semble avoir été intensément nourri de notre côté. C'est peut-être ça l'originalité du droit français : la place de la doctrine dans l'interprétation judiciaire du principe de précaution.

49. En effet, si ce principe est constitutionnalisé depuis 2005 dans la Charte de l'environnement, très tôt la doctrine s'est posée la question de son influence en droit de la responsabilité civile. En simplifiant et, une fois admis que ce principe concerne en droit français les rapports entre personnes privées, la question était de savoir si ce principe pouvait exercer une incidence sur les conditions de la responsabilité civile dans une finalité de réparation mais aussi de prévention des dommages[465]. Or, quel bilan peut-on aujourd'hui dresser de ces prédictions doctrinales au regard du droit positif[466] et sous le prisme aussi du droit comparé? A bien y regarder, celui-ci nous semble très mitigé aussi bien s'agissant de son influence indemnitaire (I) que préventive (II) sur le droit de la responsabilité civile.

---

[465] Parmi les articles fondateurs, nous retiendrons notamment, Gilles J. MARTIN, « Apparition et définition du principe de précaution » (2000) 239 LPA 7; G. J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité, quelle novation, quel avenir? », AJDA 2005, 2222; Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution, préc.* note 4; Geneviève VINEY, « Le point de vue du juriste sur le principe de précaution » (2000) 239 LPA 66; Anne GUÉGAN, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile » (2000) 2 RJE 147; Patrick JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile » (2000) 239 LPA 51; Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir » (2004) 9 D 577 (Dalloz); C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile? », RTD civ. 1999/3, p. 561; Denis MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution » (2001) 14 RCA 72. V. aussi notre thèse, *préc*. not. 4.

[466] Sur ce bilan, v. G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien? », préc. note 6.

I. L'influence indemnitaire du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile

50. En France, après la réalisation du dommage, la jurisprudence montre une influence du principe de précaution sur la condition de la faute (A). En revanche, le juge refuse toute influence sur la preuve du lien de causalité (B).

A. La faute

51. Concernant la faute, depuis un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 3 mars 2010[467], le manquement au principe de précaution est source de responsabilité civile. Voici les faits : en l'espèce, les propriétaires d'un terrain à proximité d'une source d'eau minérale ont fait réaliser un forage pour l'arrosage du jardin. La société qui exploite la source d'eau estime que ces travaux peuvent entraîner un risque de pollution pour l'eau. Elle assigne alors les propriétaires devant le juge civil. Les premiers juges du fond rejettent son action. Formant un pourvoi devant la Cour de cassation, elle argue du fait que le principe de précaution « impose d'anticiper et de prévenir tout risque même non encore identifié ». La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme, après avoir rappelé le principe de précaution découlant de l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement, « *que le risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application, a pu en déduire que les époux X... n'avaient pas commis de faute*[468] ». Cela signifie que, *a contrario*, si le principe de précaution avait été applicable à la situation, c'est-à-dire s'il y avait eu incertitude scientifique et dommages graves et irréversibles, l'auteur du forage aurait pu être condamné au regard de son manquement. Cette décision est intéressante car elle montre que le juge peut sanctionner l'inapplication du principe de précaution au regard des conditions prescrites par le législateur.

---

467 Émilie BOUCHET-LE MAPPIAN, « Le principe de précaution dans un litige entre voisins » [2010] D 2419; Cass civ 3e, 3 mars 2010, (2010) Bull civ III, n° 08-19.108.

468 Cass civ 3e, 3 mars 2010, (2010) Bull civ III, n° 08-19.108.

52. Par ailleurs, l'influence du principe de précaution sur la faute peut se voir dans la sanction du manquement à l'obligation de vigilance dans le domaine sanitaire et environnementale. Cette obligation signifie que le décideur doit adopter une plus grande prudence en cas de risques suspectés[469].

53. Dans le domaine sanitaire, on pense à l'affaire du *distilbène*, à savoir la molécule d'un médicament ayant causé des dommages sanitaires importants. Les laboratoires ayant mis sur le marché le médicament ont été reconnus civilement responsables par les premiers juges. A l'occasion de pourvois examinés par deux arrêts du 7 mars 2006[470], ces laboratoires reprochent aux juges du fond de les avoir condamnés pour des faits antérieurs à 1971, période à laquelle les effets négatifs du distilbène n'étaient pas connus. Cependant, la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi et confirme la condamnation civile au regard de leur manquement à une obligation de vigilance.

54. Dans le domaine environnemental[471], on pense à la décision du Conseil Constitutionnel du 8 avril 2011[472]. Cette décision a été rendue pour répondre à une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation. Cet article pose la règle de la préoccupation ou l'antériorité qui permet à une personne d'être exonérée de sa responsabilité lorsqu'elle démontre que l'activité conforme à la loi était en exercice avant que la victime s'installe à proximité. Le Conseil a admis la constitutionnalité de ce texte au regard des articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement (droit à vivre dans un environnement sain, devoirs de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement) au motif que « *le voisin victime de nuisances excessives causées par une activité préexistante a la possibilité d'agir en responsabilité sur le fondement des articles 1 et 2 de la Charte dont il résulte que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à*

469 Geneviève VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », RCA, 2007, p. 1542.

470 Voir les deux espèces, Cass civ 1re, 7 mars 2006, (2006) Bull civ 131, n° 143; Cass civ 1re, 7 mars 2006, (2006) Bull civ 130 n° 142. Voir les observations de Geneviève Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées » [2007] C 1542; Olivier GOUT, « Les avancées discrètes du principe de précaution » (2006) 7 Resp civ et assur 11 à la p. 7.

471 Comme le rappelle aussi G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien? », préc. note 6, p. 560.

472 V. F.G. TRÉBULLE, RDI 2011, p. 369.

l'environnement qui pourraient résulter de son activité ». Cette obligation de vigilance pourrait alors englober la nécessité d'être prudent même en cas d'incertitude du risque en jeu.

55. Malgré tout, cette influence sur la faute est limitée : outre que les arrêts sanctionnant un manquement au principe de précaution n'existent pas (et on le comprend car les régimes sans faute sont plus efficaces), ce lien entre l'obligation de vigilance et principe de précaution s'avère fragile. S'il a été dit par Madame Geneviève Viney que celle-ci n'était pas spécifique au principe de précaution[473], nous ajouterons que ces arrêts restent très ambigus quant à leur réelle aptitude à appréhender l'incertitude scientifique. En effet, en définitive, s'agissant de l'affaire du *distilbène*, la Cour de cassation a admis la condamnation des producteurs pour la période avant 1971, tout en affirmant que dès 1954, il existait des éléments attestant du possible risque sanitaire. Surtout, dans une des espèces[474], elle affirme, pour justifier la condamnation du producteur que celui-ci se trouvait face « à des risques connus et identifiés sur le plan scientifique ». Nous ne sommes donc pas dans un véritable contexte d'incertitude scientifique. De même s'agissant du domaine environnemental, si le Conseil constitutionnel évoque l'obligation de vigilance, reste à savoir jusqu'où s'étend l'appréhension de l'incertitude scientifique.

56. Que penser de ces limites au regard du côté du droit comparé? Du côté chilien et argentin par exemple, il est clair que le droit de la responsabilité civile n'offre aucune place au principe de précaution dans sa vocation réparatrice car la faute est appréciée uniquement au regard des dommages prévisibles[475]. L'incertitude scientifique au moment des faits donnant lieu au dommage est une cause d'exonération. Certes, le Professeur Mauricio Tapia[476] de l'Université du Chili a évoqué dans ses

---

473 G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien? », préc. note 6, p. 561.

474 N° 04-16179.

475 Sur ce rappel, M. TAPIA, "Principio de precaución y la responsabilidad civil en chile", ouvrage préc., à paraître. V. aussi, Figuero Yáñez, Gonzalo, "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil", en *Temas de Responsabilidad Civil*, *Cuadernos de Análisis Jurídico I*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales (Santiago), 2004, pp. 65-73.

476 M. TAPIA, *Principe de précaution et responsabilité civile au Chili*, à paraître dans le Rapport final concernant la recherche dirigée par M. HAUTEREAU-BOUTONNET et J.-C. SAINT-PAU, Mission de Recherche Droit et Justice.

recherches une récente décision rendue par la Cour d'appel de Santiago, en date du 19 novembre 2013[477], au sujet de la responsabilité civile en cas d'inhalation de fibres d'amiante, non pas par l'employé mais par les familles vivant à proximité de l'usine. En l'espèce, l'employeur a été condamné bien que, pour une part, les dommages n'étaient pas prévisibles au moment des faits y donnant lieu. Toutefois, selon Monsieur Tapia, cette décision a toutes les chances d'être remise en cause devant la Cour suprême en raison de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi sur la responsabilité médicale accordant une place au risque de développement. Selon cette nouvelle loi n° 19966 de 2004 « Les dommages résultant de faits ou circonstances ne pouvant pas être prévenus ou évités en raison de l'état des connaissances de la science ou de la technique au moment où ils sont survenus ne feront pas l'objet d'indemnisations ».

57. Du côté du droit japonais, les solutions françaises peuvent être mises en parallèle avec une décision rendue par la Cour du district de Osaka le 11 juillet 1994 dans l'affaire de Minamata. Selon le Professeur Tadashi Otsuka[478], cette décision s'appuie implicitement sur le principe de précaution. La Cour a reproché à l'Etat d'avoir tardé à prendre des mesures concernant les fuites de mercure alors que, au regard des faits relatés par les premiers juges, à l'époque des faits il était impossible scientifiquement de détecter le mercure avec les instruments existants. Par ailleurs, les recherches du Professeur Taro Nakahara[479] nous ont appris que la faute, dans le domaine de l'environnement et de la santé, est conçue de manière assez étendue car les juges imposent aux exploitants ou producteurs une obligation de prévoir les risques de dommages sachant qu'il existe des solutions judiciaires de plus en plus exigeantes à l'égard de risques souffrant encore d'incertitude scientifique mais suffisamment plausibles au regard de certaines données scientifiques accessibles. Selon Monsieur Nakahara, on retrouverait ici l'obligation de vigilance bien connue du droit français. Reste que le droit japonais possède une limite importante : celle de la prise en compte du risque de développement en droit commun de la responsabilité civile. Ainsi un arrêt récent de la Cour suprême japonaise a-t-il exonéré le producteur d'un médicament censé

477 Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2013, rol 3248-2011.
478 Le principe de précaution en droit japonais de l'environnement, à paraître dans le Rapport final précité.
479 V. à paraître dans le Rapport final précité.

prévenir le risque de cancer du poumon après avoir constaté que l'effet secondaire en jeu n'était pas prévisible lorsque le médicament a été prescrit aux victimes[480].

58. Qu'en conclure? On peut constater que, ce qui se joue du côté du droit français autant que des droits étrangers, c'est la place à accorder au degré d'incertitude scientifique pour apprécier le comportement fautif d'une personne. Ici règne cette même ambiguïté : d'un côté, dans la plupart des droits, une totale incertitude scientifique est un frein à la qualification de faute. Il s'agit ici du risque de développement que le droit français connaît quant à lui en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. D'un autre côté, un degré d'incertitude scientifique peut parfois conduire à la qualification de faute. Cela n'étonne pas car le risque de développement ne se confond pas avec le principe de précaution. Celui-ci invite à tenir compte des risques scientifiquement incertains et non scientifiquement inconnus. Dans tous les droits, on voit bien que la difficulté réside dans le fait que la frontière entre le principe de précaution et le risque de développement est mince mais déterminante pour procéder à la qualification de faute.

59. Toutefois, même en dépassant cette difficulté, si l'on se tourne vers la condition du lien de causalité, sous le prisme autant du droit français que comparé, son exigence demeure un obstacle essentiel à une influence indemnitaire du principe de précaution en droit de la responsabilité civile.

B. Le lien de causalité

60. Concernant le lien de causalité, la Cour de cassation est ferme : elle refuse toute influence du principe de précaution sur sa preuve. Il convient ici de se tourner vers un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 18 mai 2011[481]. En l'espèce, un Groupement agricole

480 Cour suprême, 12 avril 2013, *Minshû* vol. 67, n°4, p. 899.

481 Mustapha MEKKI, « Droit de la responsabilité civile » (2011) 279 Gaz Pal 13; Mathilde BOUTONNET, « Les présomptions: un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité » [2011] D 2089; Philippe BRUN et Olivier GOUT, « Responsabilité civile » [2012] D 47; Patrice JOURDAIN, « Principe de précaution et causalité: quelle incidence du premier sur la seconde? » [2011] RTD civ. 540 [Jourdain, « Causalité»].

d'exploitation (GAEC Marcouyoux) a intenté une action en responsabilité contre la SA Réseau transport électricité (RTE). Il estimait que les champs électromagnétiques exploités par la société d'électricité sur son terrain étaient la cause des problèmes sanitaires subis par ses troupeaux de vaches élevés à proximité des lignes. Les juges du fond ayant rejeté sa demande en constatant que le lien de causalité entre la mortalité des bovins et l'exploitation des lignes à haute tension n'était pas démontré, le groupement agricole a formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation affirme que :

61. Ayant énoncé à bon droit que la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en a exactement déduit que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises[482].

62. Cette décision est importante car elle montre que le principe de précaution ne permet pas d'échapper au droit commun de la preuve. Il ne conduit aucunement à un renversement de la charge de la preuve du lien de causalité, celui-ci devant être prouvé selon les conditions de droit commun. Certes, ce droit commun offre une place, en l'absence de présomptions de droit, aux présomptions de faits. Si une place peut être accordée à l'incertitude scientifique, encore faut-il que celle-ci réponde aux exigences des présomptions de faits.

---

482 Cass civ 3e, 18 mai 2011, (2011) Bull civ III, n° 80.

63. De manière générale, cela semble également le cas dans l'ensemble des droits étrangers étudiés qui reste attaché à la preuve du lien de causalité malgré l'utilisation possible des présomptions. Rappelant que les règles du droit de la responsabilité civile chilien sont proches de celles du droit français, le Professeur Mauricio Tapia affirme par exemple que le principe de précaution est antinomique avec le lien de causalité car « l'incertitude scientifique, l'un des éléments constitutifs du principe de précaution, brouille l'origine précise du dommage alors que la preuve du lien de causalité exige la prévisibilité du dommage[483].

64. Toutefois, concernant le droit sud-africain, le Professeur Jonas Knetsch qui a regardé de plus près la jurisprudence de ce pays estime que la preuve du lien de causalité bénéficie d'une certaine malléabilité. Il cite une récente décision de Cour constitutionnelle[484] dans laquelle les juges ont admis l'existence du lien de causalité sur la base d'un faisceau d'indices, afin de garantir les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Si la décision a été remarquée pour l'influence exercée par le droit constitutionnel sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile[485], l'auteur estime qu'il n'est pas inconcevable que les juridictions sud-africaines s'appuieront dans l'avenir sur cette démarche et déduiront du droit constitutionnel à la protection de l'environnement consacré par la section 24 de la Constitution un assouplissement de la preuve du lien de causalité.

65. Par ailleurs, une décision rappelée en droit japonais par le Professeur Otsuka est intéressante. Il s'agit d'une décision rendue par la Commission de règlement des conflits environnementaux le 26 juin 2002 qui a permis d'assouplir la preuve du lien de causalité. En l'espèce, était en cause une maladie causée par une substance chimique qui reste inconnue. La Commission a admis que, malgré tout, un site de déchets appartenant à la Métropole de Tokyo pouvait être la cause des

---

483 Article préc. du même auteur, « Ciento Cincuenta años de responsabilidad extracontractual en Chile », dans *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editeurs, 2007, p. 41-75.

484 *Dudley Lee v Minister for Correctional Services* [2012] ZACC 30. Sur cette decision, cf. A. FAGAN, « Causation in the Constitutional Court: Lee v Minister of Correctional Services », *Constitutional Court Review* 2013, p. 5.

485 Cf. en particulier la note de jurisprudence d'A. FAGAN (note précédente).

dommages. La Cour n'a pas exigé la preuve de la causalité entre une substance chimique et le dommage…

66. On en retient que, tout en restant prudent sur le degré d'incertitude accepté par cette décision et du faisceau d'indice exigé, la Cour de cassation aurait tout intérêt à regarder de plus près cette solution pour, à son tour, admettre un assouplissement de la preuve de la causalité sous l'influence des droits environnementaux fondamentaux. A moins, qu'elle préfère privilégier la fonction préventive du droit de la responsabilité. Il faut le vérifier dans notre seconde partie.

II. L'influence préventive du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile

67. Si le principe de précaution invite les décideurs publics et privés à redoubler de prudence pour éviter la réalisation de certains dommages, cela signifie-t-il que le droit de la responsabilité civile puisse voir accentuer sa fonction de prévention des dommages? Ici, la jurisprudence française s'avère contrastée car si, un temps, certains juges du fond, ont admis une certaine influence, aujourd'hui, la cour de cassation y est opposée[486]. Il convient alors de mettre en lumière ce contraste sous le prisme également du droit comparé : audace des juges du fond dans un premier temps (A) contre fermeté de la Cour de cassation dans un second temps (B).

A. Premier temps : l'audace de juges du fond

68. Du côté des juges du fond, certains juges ont développé une jurisprudence assez audacieuse à l'occasion du contentieux concernant l'implantation sur le territoire français des antennes-relais[487].

---

[486] V. G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien? », préc. note 6, p. 562.

[487] Sur cette analyse, D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait des ondes », *Mélanges J. L. Baudouin*, Cowansville, éd. Y Blais 2012, p. 871.

69. Les faits sont toujours similaires : certaines personnes vivant à proximité d'une antenne-relais et estimant que celle-ci est à l'origine de risques de dommages sanitaires incertains mais potentiellement graves intentent une action en justice contre l'opérateur de téléphonie mobile concerné. Elles demandent au juge de faire cesser les risques au moyen du démantèlement ou de l'interdiction de l'antenne. Les juges ayant fait droit à la demande s'appuient sur deux types de raisonnements.

70. D'une part, la grande majorité des décisions met en œuvre la théorie des troubles anormaux de voisinage, en y associant explicitement ou implicitement le principe de précaution. En droit français, cette théorie permet à toute personne subissant un trouble qui excède ce que l'on est censé supporter dans les rapports de voisinages d'en demander la réparation et la cessation. Il s'agit d'une théorie créée par le juge en 1844 concernant, à l'époque, les nuisances industrielles.

71. Pour justifier la cessation des risques et mettre fin à l'installation d'antennes-relais, les décisions affirment que l'impossibilité de garantir l'absence de risque sanitaire est constitutive de trouble anormal. Autrement dit, même si le risque est incertain, il y a trouble de voisinage car l'impossibilité de prouver qu'il n'y a pas de risque conduit à la qualification de trouble. Dit autrement, l'absence d'innocuité de l'antenne-relais peut entraîner la qualification de trouble anormal de voisinage.

72. Il faut retenir en ce sens le jugement du Tribunal de grande instance de Grasse du 30 juin 2003, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009[488] confirmant le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre le 18 septembre 2008[489]. Ici, l'arrêt est intéressant car, après avoir constaté que les normes définies par le décret du 3 mai 2002 applicables à l'émission des ondes

---

[488] Patrice JOURDAIN, « Risque et préjudice (suite): réparation au titre des troubles du voisinage du préjudice généré par la présence d'antennes relais de téléphone mobile » [2009] RTD civ 327; Mathilde BOUTONNET, « Point de vue » [2009] D Juris 499; Guy COURTIEU, « Proximité d'une antenne relais de téléphonie mobile » [2009] RCA Comm 75. Voir aussi Blandine MALLET-BRICOUT et Nadège REBOUL-MAUPIN, « Droit des biens » [2009] D Pan 2300.

[489] Trib gr. Inst. Nanterre, 18 septembre 2008, (2008) D Jur 96 (annotation Mathilde Boutonnet) [Nanterre, 2008]. Voir Trib. Gr. Inst. Toulon, 26 mars 2006, (2006) Droit de l'environnement 164 (annotation David Deharbe et Eloïse Hicter).

électromagnétiques étaient respectées, le juge estime qu'il subsiste des doutes sur leur impact sur la santé et en déduit une « crainte légitime constitutive d'un trouble ».

73. Cette série de décisions est importante car elle montre combien le principe de précaution peut se mouler dans une action préventive classique, bien connue, l'action en cessation du trouble. Il est vrai que cela permet de contourner les difficultés liées à la mise en œuvre du principe de précaution, à savoir l'admission d'un dommage scientifiquement incertain. En s'appuyant sur la théorie du trouble de voisinage, les demandeurs transforment l'incertitude scientifique d'un risque en trouble anormal. S'opère le passage du trouble résidant dans le risque certain à celui s'inférant du risque incertain dans la continuité de la tendance jurisprudentielle française que la doctrine nomme désormais celle du risque préjudiciable[490].

74. D'autre part, certains juges ont été encore plus audacieux. Il en est ainsi du jugement rendu le Tribunal de Grande Instance de Nevers en date du 22 avril 2010[491]. En l'espèce, le juge exclut l'application de la théorie du trouble de voisinage qui, selon lui, n'a de sens qu'en cas de risque certain. Il refuse la fiction et l'interprétation faite de cette théorie. Il s'appuie exclusivement sur le principe de précaution en tant que principe général du droit. Après avoir pris acte de la grande incertitude scientifique et de l'importance du risque, il impose à l'opérateur, non pas de démanteler l'antenne, mais d'effectuer des recherches supplémentaires sur les risques en jeu et, selon les conclusions, de trouver un emplacement plus adéquat.

75. Cette décision est intéressante pour plusieurs raisons[492] : premièrement, elle donne droit à la demande des victimes sans tenir compte du respect par l'opérateur des normes concernant l'émission des ondes téléphoniques. Il estime que des risques incertains subsistent malgré le respect de ces normes

---

490 Selon l'expression de François-Guy TRÉBULLE, Not. note sous 2e civ. 15 mai 2008, Confirmation de l'accueil du risque préjudiciable, RDI 2008, p. 488.

491 Trib. Gr. Inst. Nevers, 22 avril 2010, (2010) n° 10/00180. V. le commentaire de C. SINTEZ, *Revue assurances-responsabilité civile-assurances*, nov. 2010/11, comm. 275.

492 Sur cette analyse, G. VINEY, art. préc., note 6, p. 564.

et que ceux-ci doivent être gérés à l'aune du principe de précaution. Cela signifie que le public peut contester des décisions respectueuses des normes fixées par l'Etat bien que celles-ci soient éventuellement respectueuses du principe de précaution. Secondement, ce jugement tend à prescrire une solution respectueuse des intérêts des deux parties. Elle tente une conciliation des intérêts : exercer une activité économique sans nuire à autrui. En ce sens, elle est respectueuse des conditions légales du principe de précaution soucieux lui-même de cette approche conciliatrice. Autrement dit, par le biais de l'action en justice, le public invite ici le juge à ouvrir un dialogue favorable à une meilleure acceptabilité du risque par la société et les personnes qui le subissent.

76. En se tournant vers les droits étrangers étudiés, que peut-on apprendre? Alors que le juge japonais n'a encore jamais admis le démantèlement d'une antenne-relais en raison de la l'absence de preuve du risque sanitaire subi par les victimes[493], certains juges du fond chiliens et argentins l'ont exceptionnellement admis. Du côté chilien[494], comme le rappelle le Professeur Sebastian Rios Labé, il n'existe aucune action préventive susceptible d'intégrer l'incertitude scientifique. Pourtant, un arrêt de la Cour d'appel de Santiago du 23 novembre 208 a certes imposé cette mesure préventive malgré l'incertitude scientifique[495] mais la Cour suprême, dans un arrêt du 13 avril 2010, s'est retranché derrière une justification tournée vers la commission d'erreurs dans la demande d'autorisation administrative, ce qui donne davantage l'impression d'un démantèlement exigé pour irrégularité administrative qu'au nom du principe de précaution. Par ailleurs, si un juge de la Cour d'appel de Rancagua est allé en ce sens le 3 décembre 2009[496], la Cour suprême lui a donné tort en raison non pas de l'incertitude scientifique, mais du fait qu'il s'agissait selon lui d'une action populaire : l'association défendait les intérêts de tous et non ses propres intérêts.

---

493 V. la contribution de Taro NAKAHARA, « Le principe de précaution et la responsabilité civile en droit japonais », dans *Quel avenir pour la responsabilité civile*, Dalloz Thèmes et commentaires, 2015, p. 106.

494 V. les propos de M. Tapia, préc. et l'analyse des actions préventives au Chili effectuée dans ce même ouvrage par S. RIOS, *Las acciones civiles y el principio de precaucion*, à paraître.

495 Rol 1416-2009.

496 Rol 9464-2009.

77. Du côté du droit argentin, on peut signaler une décision intéressante récemment analysée par la Professeure Aida Kemelmajer de Carluccii[497]. Il s'agit de l'affaire *Werneke Adolfo y otros* rendue par la Cour d'appel de Bahia Blanca le 14 octobre 2008[498] qui opposait des pêcheurs à des associations de protection de l'environnement. Le juge a donné raison aux demandeurs en affirmant que "*L'absence d'une preuve établie avec certitude scientifique concernant les effets de l'exploitation des ressources halieutiques dans la Baie San Blas (réserve naturel) sur la biodiversité dans une zone de réserve naturelle (...) justifie la prescription de mesures préventives si l'irréversibilité du processus conduit à priver d'accès les générations futures à l'usage ou à la jouissance de ces ressources*". En l'espèce, l'incertitude du lien de causalité n'est pas un obstacle à la prévention[499]. Certes, cette décision a été annulée par la Cour suprême d'Argentine pour d'autres raisons touchant à des questions constitutionnelles. Toutefois, il convient de noter que l'avocat général et certains juges ont affirmé dans leurs opinions dissidentes la nécessité, au nom du principe de précaution, de faire peser sur la personne à l'origine des risques un rôle actif dans la preuve, à savoir démontrer que ceux-ci ne sont pas disproportionnés.

78. Reste que, du côté du droit français, cette tendance de la jurisprudence a été très contestée par la doctrine car, *in fine*, elle offre à certaines victimes, la possibilité de mettre fin à une activité profitable à un grand nombre de personne. Alors que l'action est individuelle, son résultat a des conséquences collectives. En effet, la cessation de l'activité a des conséquences pour l'ensemble d'un voisinage et non uniquement pour la personne agissant en justice. Surtout, elle aboutit à remettre en cause la compétence de l'Etat qui, comme le rappelle le juge administratif, doit couvrir le territoire d'un réseau efficace en veillant à limiter les risques sanitaires.

---

497 Pour d'autres exemples, v. la contribution de l'auteure in *El principio precautorio desde una mirada comparada*, préc., à paraître.

498 Cám. Fed. de Bahía Blanca, sala 1°, 11/5/2006, ED 216-414; Rev. de Derecho ambiental, n° 8, 2006, pág. 159, con nota de GARCIA MINELLA, Gabriela, Bahía San Blas: un lugar en el mundo (pág. 171) y de VEZZULLA, Juan M., La protección del desarrollo sustentable en el caso "Bahía San Blas". Un enfoque sistemático e intergeneracional (pág. 186).

499 Par comparaison à la réparation.

Selon le Professeur Stoffel-Munck, « le juge judiciaire substitue son appréciation de ce qu'exige le principe de précaution à celle qu'ont opéré les pouvoirs publics » et « il prive ainsi d'effet l'arbitrage réalisé par ces derniers entre les nécessités de l'intérêt public et le degré de l'incertitude scientifique »[500]. D'où la fermeté aussi de la Cour de cassation.

B. Second temps : la fermeté de la Cour de cassation

79. Cette jurisprudence a été contestée devant le Tribunal des conflits. En France, ce Tribunal est important car il est chargé de veiller à la répartition des compétences judiciaires et administratives. Par six arrêts rendus le 14 mai 2012[501], le Tribunal des conflits a affirmé que les autorités publiques désignées par la loi sont exclusivement compétentes pour « déterminer et contrôler les conditions d'utilisation des fréquences ou bandes de fréquences et les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire, ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes »[502]. Le tribunal en déduit que le juge judiciaire ne peut ordonner le démantèlement ou l'interdiction des antennes-relais car le juge empiéterait alors sur les pouvoirs de l'État. Le juge judiciaire est uniquement compétent en matière d'indemnisation ou de cessation des troubles anormaux de voisinage qui résultent d'une implantation irrégulière ou non conforme aux prescriptions administratives ou encore des troubles ne concernant pas la protection de la santé publique[503]. Autrement dit, si le juge judiciaire reste compétent quand le dommage est réalisé et qu'il doit être indemnisé, en revanche, il perd une grande part de sa compétence lorsqu'il s'agit de le prévenir.

---

500 Ph. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution », D. 2009, p. 2817.

501 Trib. Confl., 14 mai 2012, (2012) D Juris 1930 (annotation Gilles Martin et Jean-Charles Msellati); Trib. Confl. 14 mai 2012, (2012) Rec n° 3846; Trib. Confl. 14 mai 2012, (2012) Rec n° 3848; Trib. Confl. 14 mai 2012, (2012) Rec n° 3850; Trib. Confl. 14 mai 2012, (2012) Rec n° 3852; Trib. Confl. 14 mai 2012, (2012) Rec n° 3854.

502 *Annotation de l'arrêt Tribunal des conflits*, 14 mai 2012, D. 2012, p. 1930, note G.J. MARTIN et J.C. MSELLATI.; Agathe Van LANG, « La clause générale de répartition des compétences au secours des antennes relais » [2012] AJDA Chron 1525 à la p. 1528.

503 Ibid.

La Cour de cassation a suivi la décision du Tribunal des conflits dans deux arrêts du 17 octobre 2012[504] et un arrêt du 19 décembre 2012[505]. Or, pour la doctrine et pour reprendre l'expression du Professeur Gilles Martin, cette délimitation des compétences judiciaire « réduit à néant »[506] la possibilité d'obtenir une prévention des dommages sur le fondement du principe de précaution. En mettant fin aux pouvoirs préventifs du juge judiciaire, ces décisions mettent fin à toute action fondée sur le principe de précaution pour éviter les dommages. En effet, tout l'intérêt de la jurisprudence des juges du fond était de pouvoir prévenir les risques sanitaires malgré leur gestion étatique. De ce fait, si ces décisions concernent un contentieux spécifique, elles ont une incidence évidente sur l'influence du principe de précaution. Au final, il n'est plus possible d'obtenir la cessation d'un risque même incertain parce que l'État s'est déclaré compétent pour gérer ce type risque par le biais d'un pouvoir de police spécial[507]. C'est donc l'État qui décide de l'acceptabilité du risque subi par les riverains.Qu'en penser?

80. Selon nous, cette jurisprudence est très discutable. Certes, la décision du Tribunal des conflits peut se justifier si l'on considère que, comme l'estime une partie de la doctrine[508], les normes prévues par l'État en matière d'émission des ondes provoquées par les antennes-relais sont respectueuses du principe de précaution. Cela est d'autant plus justifié que le principe de précaution ne signifie pas qu'il faille mettre fin à toutes les activités susceptibles de provoquer des risques. Toutefois, en privant le juge de la possibilité de veiller lui-même à l'application du principe de précaution, elle met aussi à mal l'accès au juge dans le domaine environnemental et sanitaire qui est fermé.

---

504 Cass civ 1re, 17 octobre 2012, (2012) D Jur 2523, n° 11-19.259 [Cass civ 1re, n° 11-19.259]; Cass civ 1re, 17 octobre 2012, (2012) D Jur 2523, n° 10-26.854 [Cass civ 1re, n° 10-26.854]; Agathe Van LANG, « La question de la compétence judiciaire dans le contentieux des antennes-relais : fin ou suite? » [2012] RDI Chron 612 [Van Lang, « Compétence »].

505 Cass civ 3e, 19 décembre 2012, (2013) D Jur 91, n° 11-23.566 [Cass civ 3e, n° 11-23.566]; Philippe MALINVAUD, « Troubles de voisinage dus aux antennes-relais : où en est-on? » [2013] RDI Chron 162.

506 V. sous Trib. Confl., 14 mai 2012, (2012) D Juris 1930 (annotation Gilles Martin et Jean-Charles Msellati)

507 V. sous Trib. Confl., 14 mai 2012, (2012) D Juris 1930 (annotation Gilles Martin et Jean-Charles Msellati)

508 Philippe STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », D. 2009, Chron 2817.

81. Pourtant, dans ce domaine où règne le nécessaire débat sur l'acceptabilité sociale du risque incertain, cet accès au juge est primordial[509]. Il faut rappeler que, selon des théories de sociologie du droit assez hétérogènes, le juge est aussi « l'organe vivant de la société »[510]. Il est un intermédiaire entre l'Etat et la société tel un juge d'Hermès, pour reprendre la formule de François Ost[511]. Or, appliqué au domaine environnemental et sanitaire soumis à l'incertitude scientifique, cela signifie que le juge devrait jouer un rôle dans l'appréciation de l'acceptabilité du risque en procédant à une pesée des intérêts en présence. Cela est d'autant plus vrai que le rôle du procès a évolué. Il devient le lieu d'une démocratie contentieuse[512]. Face aux carences du débat social dans les dispositifs classiques mis en œuvre par les pouvoirs publics, le procès devient un moyen de remettre en cause la légitimité politique de certaines décisions.

82. Par ailleurs, du côté spécialement juridique, ces décisions sont critiquables car elles font fi du droit des tiers et, en principe, de l'indifférence de l'autorisation étatique en droit de la responsabilité civile[513]. Alors que le droit des tiers est une règle selon laquelle les autorisations étatiques sont données sous réserve de leur possible contestation par les tiers, l'autorisation étatique n'est jamais une cause exonératoire en droit de la responsabilité civile. Il semble alors que, dans le cas particulier des risques graves et incertains, la gestion exclusivement étatique vienne justifier les limites de ces règles pourtant classiques en droit français.

83. En définitive, la question du traitement du risque sanitaire et environnemental dans un contexte d'incertitude scientifique demeure car, il faut aussi rappeler, le danger de cette nouvelle jurisprudence. En France, les années 1990 ont donné lieu à un drame sanitaire, celui du sang contaminé

509 Sur ce rappel, M. MEKKI, « La ou les légitimité(s) du ou des juge(s) et le principe de précaution », in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, M. HAUTEREAU-BOUTONNET et J.C. SAINT-PAU (dir.), à paraître.

510 D. SALAS, « Droit et institution, Léon Duguit et Maurice Hauriou », in P. Bouretz (ed .), *La force du droit, Panorama des débats contemporains, Esprit*, Paris, p. 193.

511 Francois OST, *Dire le droit, Faire Justice*, Bruylant, 2007, spéc. p. 47 et s.

512 A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, éd. Odile Jacob, 2001, p. 229.

513 Sur ces critiques, v. G. J. MARTIN et J.-C. MSELLATI, chron. préc. V. Les critiques aussi de G. VINEY, « Le contentieux des antennes-relais », D. 2013, chron. p. 1489.

par le virus du SIDA. Or, l'Etat avait parfaitement validé la mise sur le marché du sang contaminé... Ne faudrait-il pas alors donner au juge judiciaire le pouvoir de contrebalancer une éventuelle inaction ou mauvaise action des pouvoirs publics? Certes, selon nous la réponse à cette question est positive. Néanmoins, il faut trouver les moyens de combattre la jurisprudence de la Cour de cassation.

84. Une première piste est à rechercher du côté de l'interprétation de la solution de la Cour de cassation. Il faut préciser qu'elle interdit de prescrire des mesures de prévention consistant à interrompre, interdire, enlever, déplacer une antenne en cas de régularité. Mais ne peut-on pas envisager d'autres mesures tendant à la satisfaction des victimes? En creux, en invoquant la prévention des risques, ces dernières souhaitent avant tout être rassurées au sujet des risques qu'elles vivent. Tout pousse alors à imaginer d'autres sanctions que la prévention. On pense ainsi à la possibilité d'imposer aux exploitants l'obligation de fournir aux victimes une information régulière quant aux effets des antennes, de leur prescrire de redoubler de vigilance dans leurs activités en approfondissant les recherches, de trouver un terrain d'entente avec les victimes par le biais d'un débat, d'établir une médiation environnementale tenant compte des intérêts en présence.

85. Sur ce point, les droits étrangers offrent de belles découvertes. Ainsi si un juge argentin, à l'occasion d'une opinion dissidente, a proposé de prescrire à un exploitant l'obligation de souscrire une meilleure assurance[514], dans le domaine des champs électromagnétiques, un arrêt d'appel de 2010 a ordonné trois mesures originales[515] : d'abord, il a imposé aux entreprises de redoubler d'efforts dans la prévention des préjudices résultant de la pollution électromagnétique. Puis, il a imposé aux deux parties de formaliser un accord destiné à préserver les droits des demandeurs, y compris ceux leur permettant d'accéder à un logement décent localisé dans des lieux acceptés et à un coût venant en déduction de la compensation demandée. Enfin, les entreprises ont été invitées à rendre au Tribunal un rapport avec les résultats obtenus. C'est donc ici la conciliation des intérêts qui est visée.

514 Sur ce rappel A. KEMELMAYER de CARLUCCI, préc. V. 13/7/2004, « Asociación de superficiarios de la Patagonia c/YPF".

515 Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud, 28/9/2010.

86. Par ailleurs, une seconde piste est à chercher du côté des droits fondamentaux. Aujourd'hui, les droits subjectifs détiennent une place importante en droit français de la responsabilité civile. Dans le domaine environnemental, la Charte de l'environnement est venue reconnaître le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Surtout, la Cour européenne des droits de l'Homme a clairement affirmé, dans l'arrêt Tatar contre Roumanie du 27 janvier 2009, la nécessité pour l'État de prendre des mesures aptes à protéger la jouissance d'un droit à l'environnement sain et protégé[516]. Or, hissé au plus au niveau de la hiérarchie des normes, ce droit à l'environnement sain ne devrait-il primer sur l'autorisation administrative? Il nous semble que, au minimum, le raisonnement fondé sur les droits subjectifs devrait conduire le juge à modifier son raisonnement en opérant une pesée des intérêts en présence? Sur ce point, les droits japonais et sud-africain sont intéressants.

87. Si le premier est démuni d'action en référé, en revanche, comme l'ont rappelé les professeurs Otsuka et Nakahara, il existe une action tendant à protéger les droits subjectifs des personnes contre certaines atteintes. Parmi eux, le juge japonais admet le « droit à la vie paisible ». Or, dans un jugement de 1992 rendu par le Tribunal de Sendaï, le juge a fait cesser le risque lié à l'enfouissement de déchets malgré son incertitude scientifique, celle-ci étant justement source de bouleversement de la vie paisible[517]. Dans le domaine nucléaire, une décision de la Cour de Fukui a rappelé que l'exploitant nucléaire de Ohi devait prendre des mesures de prévention s'il s'avérait qu'un risque, incluant aussi l'incertitude scientifique relative aux tremblements de terre, était susceptible d'atteindre le droit à la vie paisible[518].

88. Quant au droit sud-africain, le Professeur Jonas Knetsch note que, bien que le droit de la responsabilité civile ne puisse conduire à des mesures préventives, en revanche, il existe une action en

516 Sur ce rappel, A. Van LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 3e éd., p. 50 et s.
517 Tribunal de première instance de *Sendai*, 28 février 1992, *Hanreijihô* n°1429, p. 109.
518 21 mai 2014, rappelé par T. Otsuka.

injonction des dommages conditionnée par la preuve d'un risque d'atteinte aux droits subjectifs[519]. Le demandeur doit certes établir une atteinte à l'un de ses droits subjectifs, mais celle-ci peut, sans être actuelle, être uniquement « *reasonably apprehended* »[520]. Or, selon l'auteur, la souplesse de cette condition pourrait offrir une place à la prescription des mesures de cessation d'une activité dont le risque est incertain[521]. Là encore, le droit français n'a-t-il pas intérêt à regarder de plus près la portée d'un droit subjectif, dans le domaine de la santé ou l'environnement, pour contrebalancer les récentes décisions rendues par la Cour de cassation?

89. En conclusion, si l'on observe le droit français sous le prisme du droit comparé, on s'aperçoit que de multiples techniques peuvent être au service d'une application du principe de précaution respectueuse de ce qu'il est véritablement : un principe tendant à imposer des mesures de prévention acceptables et proportionnées et non à freiner le développement économique et social.

519 Et de renvoyer à ces références relative à cette forme d'injonction (*court order*), cf. l'étude détaillée C. PREST, *The Law & Practice of Interdicts*, 2005 ainsi que L. HARMS, *v°* Interdict, in : W. Joubert (sous la dir.), *The Law of South Africa*, 2e éd. 2008, vol. 11, nos 389 et s.

520 On pourrait traduire cette formule par « atteinte raisonnablement redoutée ».

521 L'auteur s'appuie en particulier sur la doctrine suivante : L. HARMS, *v°* « Interdict », art. préc., n° 398, note 3 (avec de nombreuses références jurisprudentielles).

L'IMPACT DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET SUR LE POUVOIR D'INJONCTION

Laurent Neyret
Professeur à l'Université de Versailles

90. Le principe de précaution est certainement le principe du droit de l'environnement le plus malaimé, et ce encore aujourd'hui, dix ans après sa constitutionnalisation par la Charte de l'environnement. Principe honni, comme en attestent le rapport Lauvergeon de 2013[522] qui propose de le rééquilibrer par un « principe d'innovation » ou encore plusieurs propositions de loi qui voient dans le principe de précaution un frein juridique à l'innovation, lequel conduirait à un « blocage réel des activités des entreprises par la délocalisation ou l'arrêt de nombreux programmes de recherche »[523].

91. Fantasme ou réalité ? Une chose est sûre, l'extension du domaine du principe de précaution du droit public au droit privé – non seulement dans les relations verticales, mais aussi dans les rapports horizontaux entre personnes privées - est bien une réalité.

92. C'est Gilles J. Martin[524] qui a été l'un des premiers à mettre en évidence ce potentiel d'extension du principe de précaution dès 1995, rejoint ensuite par de nombreux auteurs[525].

[522] « Un principe et sept ambitions pour l'innovation », A. Lauvergeon dir., Remis au Président de la République le 11 octobre 2013, http://www.elysee.fr/assets/pdf/Rapport-de-la-commission-Innovation-2030.pdf, consulté en décembre 2015.
[523] Proposition de loi constitutionnelle visant à ôter au principe de précaution sa portée constitutionnelle, 10 juillet 2013, AN n° 1242.
[524] G. J. Martin, Précaution et évolution du droit, D. 1995, p. 299.
[525] P. Kourilsky et G. Viney (dir.), Le principe de précaution : rapport au premier ministre, O. Jacob, 2000 ; A. Guégan, L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, RJE 2000, p. 147 ; P. Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, LPA 2000, n° 239, p. 51 ; D. Mazeaud, Responsabilité civile et précaution, RCA 2001, n° 6, p. 72 ; C. Thibierge, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, D. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005 ; M. Hautereau-

93. Il est important de ne pas confondre le principe et la logique de précaution. Cette dernière est plus générale et dépasse le cadre des risques de dommages graves et irréversibles dans le domaine sanitaire et environnemental, pour toucher les risques sociaux, et qui, poussée à l'extrême, glisserait vers une recherche du risque zéro.

94. C'est ainsi que Mireille Delmas-Marty voit dans la loi n°2008-174 du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté, une extension de la précaution au-delà des problématiques sanitaires et environnementales pour concerner les risques humains et sociaux[526]. Ce faisant, la justice pénale devient prédictive. A la sanction punitive pour l'infraction passée, s'ajoute une sanction préventive pour la dangerosité à venir suspectée d'une personne condamnée. Pour Mireille Delmas-Marty, on aboutit avec une telle recherche de prophylaxie criminelle à une véritable déshumanisation qui est consacrée en raison d'une présomption déterministe de la dangerosité du sujet.

95. Cette évolution a été confortée par l'adoption récente de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement qui introduit un article L. 811-2 dans le Code de la sécurité intérieure aux termes duquel les services de renseignement « contribuent à la connaissance et à l'anticipation » des risques et menaces « susceptibles d'affecter la vie de la Nation ». Les intérêts fondamentaux de la Nation visés par la loi concernent non seulement la prévention du terrorisme, mais va bien au-delà pour toucher à des notions aussi floues que « les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère » ou encore « la prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique »[527].

Boutonnet, L. Khoury, J.-C. Saint-Pau (dir.), L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale – Regards franco-québécois, éd. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2016.

[526] M. Delmas-Marty, Libertés et sûretés dans un monde dangereux, Seuil, 2010.

[527] Article 811-3 du Code de la sécurité intérieure.

96. Dans ces conditions, s'il y avait lieu de se mobiliser, ce serait non pas tant contre le principe de précaution mais contre la généralisation de la logique de précaution appliquée dans le domaine de la sécurité et qui sert de justification à l'atteinte aux libertés fondamentales.

97. Au lieu de cela, ceux-là même qui luttent contre le principe de précaution - dont on verra qu'il est plutôt inoffensif - œuvrent pour une telle logique de précaution dont les excès sont, eux, bien réels.

98. S'agissant du principe de précaution en tant que tel, il est défini à l'article 5 de la Charte de l'environnement en ces termes :

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

99. Appliqué en droit privé, le principe de précaution impose aux personnes privées placées en situation d'incertitude d'agir pour éviter la réalisation de dommages graves et irréversibles, à la santé ou à l'environnement, en prenant des mesures proportionnées.

100. Avec un recul de 20 ans depuis la loi Barnier de 1995 qui a fait entrer le principe de précaution dans le droit français, et de 10 ans depuis la Charte de l'environnement qui a hissé le principe de précaution au niveau des principes à valeur constitutionnelle, il est possible de dresser un bilan de l'impact du principe de précaution en droit privé et plus spécialement en droit de la responsabilité civile.

101. On se demandera donc si cette influence a été révolutionnaire ou bien s'il s'est davantage agi d'un épiphénomène. L'étude du droit français est l'occasion de démontrer que si l'influence du

principe de précaution en droit de la responsabilité civile est certaine, elle reste néanmoins mesurée ou point que l'on serait tenté de dire que cette question a fait « beaucoup de bruit pour rien »[528].

102. En effet, dans les années 2000, le débat a été vigoureux, et parfois violent à propos de l'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Il y avait certes un point d'accord sur la portée du principe de précaution en cas de dommages avérés et donc de responsabilité rétrospective. En revanche, le désaccord était grand concernant l'influence du principe de précaution en cas de simples menaces de dommages futurs, graves et irréversibles, qui donneraient naissance à une responsabilité prospective, tournée vers l'avenir et la prévention de ce type de dommages[529]. Pour certains[530], une telle proposition de responsabilité prospective s'apparenterait à une dénaturation de la responsabilité civile qui nécessiterait un rapport entre deux patrimoines existants au présent.

103. Avec le recul, on peut affirmer que le principe de précaution est une source d'évolution (I) mais certainement pas de révolution de la responsabilité civile (II). L'influence est variable selon les conditions de la responsabilité civile étudiées. A l'avenir, cette influence pourrait s'accroître au-delà du seul droit substantiel et concerner le droit processuel de la responsabilité civile.

I. L'existence d'une évolution de la responsabilité civile sous l'influence du principe de précaution

104. L'influence[531] du principe de précaution est certaine pour le fait générateur de responsabilité et en particulier pour la faute (A), mais plus nuancée en ce qui concerne la condition de préjudice (B).

---

[528] L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ?, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement, éd. Frison-Roche 2013, p. 555.

[529] C. Thibierge, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, D. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005.

[530] Par exemple : P. Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, LPA 2000, n° 239, p. 51.

[531] Pour une étude générale : M. Hautereau-Boutonnet, Le principe de précaution en droit français, regard comparatiste sur son influence en droit de la responsabilité civile *in* M. Hautereau-Boutonnet, L. Khoury, J.-C. Saint-

A. L'évolution avérée de la faute

105. La doctrine avait pressentie l'influence du principe de précaution sur la responsabilité personnelle fondée sur la faute[532]. En pratique, cette influence a eu lieu de deux manières différentes.

106. D'une part, il est possible de parler de reconnaissance implicite du principe de précaution en droit de la responsabilité civile dans l'affaire du Distilbène. En effet, dans un arrêt du 7 mars 2006[533], la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu la responsabilité du laboratoire pharmaceutique pour manquement à son obligation de vigilance, dans la mesure où il n'avait pas pris de mesures pour éviter la survenance de dommages – alors même qu'avant 1971, les risques du médicament n'avaient pas été identifiés avec certitude. Le juge a souligné qu'il existait dans la littérature scientifique dès 1953-1954 et 1968 des études qui faisaient part d'un risque de cancers, notamment chez les animaux exposés au médicament. Un auteur[534] a vu dans cette jurisprudence, une reconnaissance implicite de la faute de précaution, marquant le passage d'une obligation de prudence en cas de risques connus à une obligation de prudence renforcée en cas de risques débattus ou soupçonnés porteurs de dommages graves.

107. D'autre part, l'aptitude du principe de précaution à influencer la faute en droit de la responsabilité a fait l'objet d'une reconnaissance explicite par la Cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 3 mars 2010[535]. Dans cette affaire, les propriétaires d'un terrain se trouvant à proximité d'une source d'eaux minérales naturelles avaient fait réaliser un forage pour l'arrosage de leur jardin. La société d'exploitation de l'eau minérale les a assignés en fermeture du forage en se prévalant notamment d'une violation du principe de précaution, mais sans succès.

Pau (dir.), L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale – Regards franco-québécois, éd. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2015, p. 5.

[532] V. références note 4.

[533] Cass. 1re civ., 7 mars 2006, n° 05-16.180.

[534] C. Radé, RCA 2006, n° 5, p. 14.

[535] Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n°08-19.108

108. En effet, la Cour de cassation a rappelé ici la définition du principe de précaution inscrite à l'article L. 110-1 II. 1° du Code de l'environnement. Puis elle a constaté que le forage avait été exécuté par une entreprise spécialisée, dans les règles de l'art et dans le respect des autorisations administratives. L'expert avait alors conclu que « le forage se situant à l'aval du captage des eaux minérales (…) n'avait aucune possibilité de polluer les eaux, même si l'on y précipitait des produits nocifs ou des germes délétères ». Dans ces conditions, en l'absence de tout risque de pollution, le principe de précaution ne pouvait recevoir application.

109. Une analyse *a contrario*[536] de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2010 permet d'affirmer que le principe de précaution peut-être invoqué en droit de la responsabilité civile, quand on se trouve dans une situation d'incertitude. Par ailleurs, on peut dégager du raisonnement de la Cour de cassation, l'idée suivant laquelle la preuve d'une faute de précaution est subordonnée à la preuve d'un manquement aux conditions légales du principe de précaution telles qu'issues de l'article L. 110-1 II. 1° du Code de l'environnement. Dès lors, il semblerait que la Cour de cassation n'ait pas souhaité reconnaître une faute de précaution autonome pour manquement à une obligation générale de prudence renforcée.

110. L'influence du principe de précaution sur la faute est donc certaine. Nous allons voir que cette influence est plus limitée pour ce qui concerne la condition du préjudice.

B. L'évolution limitée du préjudice

[536] M. Hautereau-Boutonnet, Le principe de précaution en droit français, regard comparatiste sur son influence en droit de la responsabilité civile, préc., p. 11.

111. Le préjudice était au cœur du débat relatif à la reconnaissance d'une responsabilité de nature préventive fondée sur le principe de précaution[537]. Il s'agissait de déterminer si la responsabilité civile pouvait être engagée pour simple risque de préjudice, en amont même de sa réalisation ?

112. A cet égard, le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile est instructif et peut être présenté en deux temps[538].

Dans un premier temps, la jurisprudence a marqué une véritable avancée dans le sens de la reconnaissance d'une responsabilité préventive pour simple risque de dommage grave et irréversible. Certaines décisions ont été rendues, en référé, sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile qui permet au président du tribunal de grande instance de « prescrire en référé les mesures qui s'imposent pour (…) faire cesser un trouble manifestement illicite ». Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 15 septembre 2011[539] a ordonné à une société de téléphonie mobile de démanteler une antenne-relais en raison d'un trouble manifestement illicite lié « à la crainte qu'en demeurant dans leur habitation, [les riverains] courent et font courir à leurs enfants un risque sanitaire particulièrement grave si celui-ci devait se réaliser, dès lors (…) qu'il n'existe aucune garantie d'absence de risque ».

113. D'autres décisions ont été rendues au fond. D'une part, le démantèlement d'antennes-relais a été prononcé sur le fondement de la théorie des troubles anormaux des troubles du voisinage. Tel a été le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009[540] où le juge a considéré que l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'opérateur de téléphonie mobile de garantir aux riverains une absence de risque sanitaire lié à l'exposition à l'antenne-relais était constitutive d'un trouble. Dans ces conditions, la Cour d'appel a décidé qu'il était légitime de faire cesser « le préjudice moral résultant de l'angoisse créé » par ce trouble, et ainsi d'enjoindre à l'opérateur de démanteler l'antenne.

---

[537] En particulier : C. Thibierge, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, D. 2004, p. 557 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005.

[538] Sur ce contentieux : M. Hautereau-Boutonnet, Le principe de précaution en droit français, regard comparatiste sur son influence en droit de la responsabilité civile, préc., p. 19.

[539] B. Parance, Nouvelles turbulences autour des antennes relais de téléphonie mobile et du principe de précaution, vers une application horizontale du principe de précaution ?, D. 2012, p. 267.

[540] CA Versailles 4 février 2009, RTD civ. 2009, p. 327 ; D. 2009, p. 819, obs. M. Boutonnet.

D'autre part, des obligations ont été imposées à l'opérateur de téléphonie mobile sur le fondement du principe de précaution lui-même. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nevers, dans un jugement du 22 avril 2010[541], s'est appuyé sur le principe de précaution entendu comme principe général du droit pour imposer à l'opérateur, non pas de démanteler l'antenne, mais d'effectuer des recherches supplémentaires sur les risques en jeu et, selon les conclusions, de trouver un emplacement plus adéquat.

114. De telles décisions ont démontré l'aptitude du principe de précaution à s'intégrer dans le droit de la responsabilité civile ou tout du moins dans le droit d'injonction du juge de faire cesser un trouble manifestement illicite.

Ce mouvement jurisprudentiel qui a fait naître des espoirs pour les uns et des craintes pour les autres[542] a été stoppé par le Tribunal des conflits.

115. Dans un second temps, la jurisprudence a connu un mouvement de recul dans le sens d'une limitation de la portée du principe de précaution comme fondement d'une responsabilité civile de nature préventive. Par six arrêts du 14 mai 2012[543], le tribunal des conflits a affirmé que les autorités publiques étaient compétentes de manière exclusive pour « déterminer et contrôler (…) les modalités d'implantation des [antennes relais], ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes ». La portée de ces arrêts est double.

116. D'une part, le juge judiciaire n'est pas compétent, que ce soit sur le fondement du principe de précaution ou sur un autre fondement, pour prescrire des mesures de prévention des dommages lorsque l'installation litigieuse est conforme à la loi. En effet, l'inverse entraînerait, selon le Tribunal des conflits, « une immixtion dans l'exercice de la police spéciale dévolue aux autorités publiques compétentes en la matière ». D'autre part, la compétence du juge judiciaire est réduite aux seuls cas d'indemnisation ou de cessation des troubles anormaux du voisinage qui résulteraient d'une implantation irrégulière ou non conforme aux prescriptions administratives ou encore des troubles ne concernant pas

[541] TGI Nevers, 22 avril 2010, RCA 2010, n° 11, p. 15, obs. C. Sintez.
[542] P. Stoffel-Munck, La théorie des troubles anormaux du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes-relais, D. 2009, p. 2817.
[543] D. 2012, p. 1930, obs. G. J. Martin et J.-C. Msellati.

la protection de la santé publique. La Cour de cassation a entériné à plusieurs reprises la jurisprudence du Tribunal des conflits[544].

117. Pour plusieurs auteurs, ces décisions « réduisent à néant »[545] la mise en œuvre du principe de précaution comme outil de prévention des dommages par le juge judiciaire.

Certes, un tel mouvement de recul quant à la portée du principe de précaution en droit de la responsabilité civile pourrait être perçu comme une illustration du respect du principe de la séparation des pouvoirs. Cela permettrait de limiter la crainte de certains de voir le juge judiciaire « dépouiller les pouvoirs publics de leur pouvoir de contrôler le jeu du principe de précaution »[546].

Pour autant, l'environnement et la santé ne sont-ils pas des biens communs dont l'importance est telle que leur protection mériterait d'être partagée par le plus grand nombre ? Or, au vu de la jurisprudence rendue dans le domaine des antennes-relais de téléphonie mobile, tout se passe comme si l'autorisation administrative figeait la connaissance et la prévention des risques, alors même pourtant, que les autorisations administratives sont données sous réserve du droit des tiers.

118. En conséquence, la confiscation du pouvoir du juge judiciaire de prévenir la survenance de dommages graves et irréversibles, au profit de la seule puissance publique, semble excessive et dangereuse, surtout si on se rappelle les politiques préventives échouées dans les affaires du sang contaminé ou encore du Médiator.

119. N'oublions pas que l'article 66 de la Constitution française fait du juge judiciaire le gardien des libertés individuelles, dont le droit à la vie et le droit à un environnement sain font partie intégrante.

Où l'on perçoit déjà ici que l'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile n'a pas donné lieu à la révolution redoutée par certains.

---

[544] Cass 1re civ., 17 octobre 2012, n° 11-19.259, 10-26.854, D. 2012, p. 2523 ; Cass 3e civ., 19 décembre 2012, n° 11-23.566.

[545] G. J. Martin et J.-C. Msellati, obs. préc., p. 1930.

[546] P. Stoffel-Munck, La théorie des troubles anormaux du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes-relais, D. 2009, p. 2817.

II. L'absence de révolution de la responsabilité civile sous l'influence du principe de précaution

120. La limitation de la portée du principe de précaution en droit de la responsabilité civile tient essentiellement à l'interprétation restrictive qui est faite par le juge de la condition du lien de causalité (A). Quoi qu'il en soit, un tel bilan invite à s'interroger sur l'avenir du principe de précaution non plus seulement en droit substantiel mais plutôt en droit processuel de la responsabilité civile (B).

A. La barrière du lien de causalité

121. Dans les domaines qui relèvent du principe de précaution, la preuve d'un lien de causalité direct et certain relève bien souvent de la *probatio diabolica*. Dès lors, pour faciliter la charge de la preuve qui pèse sur les victimes potentielles de risques de dommages graves et irréversibles, on aurait pu imaginer que le juge procède à un renversement de la charge de la preuve du lien de causalité.

122. Rien de tout cela en pratique. Pour preuve, l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 18 mai 2011[547]. Dans cette affaire, un éleveur de vaches demandait réparation des préjudices économiques qu'il avait subis du fait des troubles sanitaires endurés par ses animaux élevés à proximité d'une ligne à très haute tension. Dans son pourvoi, le demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir écarté sa demande de réparation formulée contre l'exploitant de la ligne à très haute tension en raison de l'incertitude scientifique sur les effets de l'exposition aux champs électromagnétiques. Pour lui, les juges du fond auraient dû s'inspirer des principes issus de la Charte de l'environnement et en particulier du principe de précaution pour entrer en voie de condamnation, et ce malgré l'absence de certitude scientifique sur la nocivité de l'exposition aux champs électromagnétiques.

123. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'éleveur, en considérant que la Charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il

[547] Cass. 3e civ., 18 mai 2011, 10-17.645, D. 2011, p. 2089, note M. Boutonnet ; p. 2694, obs. F.-G Trébulle ; RTD civ. 2011, p. 540, note P. Jourdain ; D. 2012, p. 47 note P. Brun.

appartient à celui qui sollicite l'indemnisation du dommage d'établir qu'il est la conséquence directe et certaine du fait reproché. Pour la Haute juridiction, certes, cette démonstration peut résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, or, en l'espèce, le lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisé car il subsistait des incertitudes notables sur l'incidence des champs électromagnétiques sur l'état de santé des élevages.

124. Tout se passe comme si la preuve d'un lien de causalité certain constituait un rempart contre la pleine portée du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Une telle position s'explique certainement par une confusion encore trop forte entre la vérité scientifique et la vérité juridique.

125. Cela ne poserait pas de difficulté si les juges tiraient des mêmes indices de fait des conséquences identiques. Or, tel n'est pas le cas, comme le montre le contentieux du vaccin contre l'hépatite B suspecté par certaines personnes d'être à l'origine de maladies comme la sclérose en plaques. Cette divergence de jurisprudence s'explique par le fait que la Cour de cassation se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond pour écarter les pourvois formés contre les décisions qui s'appuient sur l'absence de consensus scientifique pour écarter la responsabilité des laboratoires.

126. Reste à savoir si la position de la Cour de cassation qui permet aux demandeurs de se fonder sur des présomptions de fait pour rapporter la preuve certaine du lien de causalité en présence d'un doute scientifique[548] va évoluer. En effet, la Cour de cassation vient de poser trois questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne qui ont trait à la charge de la preuve en cas d'incertitude scientifique, qui visent à déterminer si la preuve par présomptions de fait admis par le juge est conforme au droit communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux et si ces présomptions doivent ou non faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation. Plus précisément, les trois questions posées à la Cour sont les suivantes :

1°) L'article 4 de la directive 85/ 374/ CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité

[548] Cass. 1re civ., 12 novembre 2015, n° 14-18.118.

du fait des produits défectueux s'oppose-t-il, dans le domaine de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent, à un mode de preuve selon lequel le juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, peut estimer que les éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à prouver le défaut du vaccin et l'existence d'un lien de causalité de celui-ci avec la maladie, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit pas de lien entre la vaccination et la survenance de la maladie ?
2°) En cas de réponse négative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/ 374, précitée, s'oppose-t-il à un système de présomptions selon lequel l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices de causalité sont réunis ?
3°) En cas de réponse affirmative à la question n° 1, l'article 4 de la directive 85/ 374, précitée, doit-il être interprété en ce sens que la preuve, à la charge de la victime, de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage par elle subi ne peut être considérée comme rapportée que si ce lien est établi de manière scientifique ?

127. L'avenir dira si l'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité dépassera la seule condition du fait générateur pour concerner davantage le préjudice et le lien de causalité. Quoi qu'il en soit, à l'avenir, le principe de précaution pourrait bien influencer davantage le droit processuel de la responsabilité civile, dans le sens d'un renforcement de la prévention des risques de dommages graves et irréversibles encore incertains.

B. L'extension de l'influence du principe de précaution du droit substantiel au droit processuel de la responsabilité civile

128. Alors que la question de l'influence du principe de précaution sur le droit substantiel de la responsabilité civile a largement été étudiée, celle de l'influence du principe de précaution sur le droit processuel de la responsabilité civile[549] a, quant à elle, été peu abordée[550]

[549] L. Raschel, Droit processuel de la responsabilité civile, Paris, IRJS, 2008.

129. Et pourtant, il ne fait guère de doute que la plénitude de la portée du principe de précaution en droit de la responsabilité civile suppose également une transformation du droit processuel. En effet, il s'agirait de permettre au juge d'étendre son pouvoir d'injonction pour éviter la réalisation de risques de dommages graves et irréversibles, malgré leur nature incertaine. Pour cela, une évolution du droit processuel de la responsabilité civile s'impose à plusieurs titres.

130. L'intégration du principe de précaution en droit processuel de la responsabilité civile supposerait une extension du domaine de l'action préventive[551] actuelle et en particulier de celle fondée sur les articles 808[552] et 809[553] du Code de procédure civile. En effet, il s'agirait alors d'anticiper non seulement des dommages qui ne sont pas encore réalisés, mais aussi des dommages dont la réalisation est encore incertaine[554].

131. Par ailleurs, on pourrait encourager une extension de la qualité pour agir dans les domaines qui relèvent du principe de précaution, à savoir la santé et l'environnement, afin de permettre à certaines catégories de personnes et en particulier aux associations, d'agir en justice afin d'obtenir du juge qu'ils prennent des mesures préventives destinées à protéger l'intérêt qu'elles ont pour mission de défendre. En cela, comme le note Mathilde Boutonnet, « sous l'impulsion du principe de précaution, le

---

[550] S. Amrani-Mekki, Action préventive et principe de précaution *in* M. Hautereau-Boutonnet, L. Khoury, J.-C. Saint-Pau (dir.), L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale – Regards franco-québécois, éd. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2016, p. 279.

[551] C. Sintez, La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 110, 2011.

[552] Article 808 du Code de procédure civile : Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

[553] Article 809 du Code de procédure civile :
Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.
Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

[554] S. Amrani-Mekki, art. préc., p. 281.

passage de l'action réparatrice à l'action préventive, serait accompagné du passage de l'action individuelle à l'action collective »[555].

132. Quant aux conditions de l'action préventive, elles devraient, elles-aussi, être revues, sous l'impulsion du principe de précaution. On pense avant tout à l'exigence du caractère « illicite » du trouble qui serait caractérisé par l'existence d'un risque de dommage incertain. En effet, bien souvent l'activité litigieuse – antennes-relais, lignes à très haute tension, médicaments, etc. – n'est pas illicite. Bien au contraire. Elle est autorisée par l'autorité administrative. Pour autant, il convient de rappeler que les autorisations administratives sont données sous réserve du droit des tiers et que le juge judiciaire, gardien des libertés fondamentales, doit procéder à une balance des intérêts en présence en déterminant lequel de ces intérêts doit l'emporter en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi, la responsabilité d'un producteur de médicament peut être engagée alors même qu'il existe un simple lien de causalité probable entre le produit et le dommage, sans pour autant remettre en cause la légitimité du médicament pour la collectivité. On pourrait très bien envisager qu'un juge impose à l'exploitant d'un produit dont on aurait des doutes sur l'innocuité qu'il prenne des mesures préventives comme un renforcement de l'information ou du suivi du produit. S'agissant toujours des conditions de l'action préventive, il serait opportun de supprimer la condition de dommage imminent de l'article 809 du Code de procédure civile[556], pour éviter que le pouvoir d'injonction du juge n'intervienne trop tardivement.

133. Pour ce qui est du juge compétent pour prendre des mesures préventives, on pense bien évidemment au juge des référés, mais il y aurait également lieu de recourir au juge du fond qui a les pouvoirs d'intervention adaptés en matière de contentieux évolutifs[557]. En effet, eu égard à l'évolution des connaissances scientifiques, il serait possible de revenir devant le juge du fond qui pourrait alors ajuster les mesures préventives prises par le passé.

[555] M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005, n° 746.
[556] P. Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, LPA 2000, n° 239, p. 51, spéc. p. 56.
[557] S. Amrani-Mekki, art. préc., p. 299.

134. Enfin, quant aux mesures préventives pertinentes dans le domaine du principe de précaution, elles pourraient s'inscrire dans le prolongement de l'obligation de vigilance consacrée en matière sanitaire par la Cour de cassation[558] et dans le domaine environnemental par le Conseil constitutionnel[559], et prendre des formes variées comme la suspension provisoire d'une activité accompagnée de la mise en œuvre d'un protocole de recherches approfondies destinées à limiter le risque suspecté, l'information renforcée du public, ou bien encore la mise en place de programme de suivi des risques.

135. En conclusion, on a pu constater que le principe de précaution n'avait pas entraîné une révolution du droit substantiel de la responsabilité civile mais qu'il avait participé à un ajustement de ces conditions traditionnelles. C'est essentiellement la condition de faute qui a évolué par l'admission d'une obligation de vigilance pour les risques même incertains. Quant aux conditions de préjudice et de causalité, elles sont appréciées de manière rigoureuse par les juges ce qui rend très difficile la tâche des victimes de risques de dommages incertains. A l'avenir, le principe de précaution pourrait bien faire évoluer davantage le droit processuel de la responsabilité civile, au travers d'un pouvoir d'injonction du juge étendu aux risques incertains. Le juge serait alors conduit à prendre des mesures de prévention, non pas tant sous la forme d'interdiction mais plutôt sous la forme d'un devoir renforcé de vigilance destiné à « produire de la connaissance sur le risque en cause »[560].

[558] Cass. 1re civ., 7 mars 2006, n° 05-16.179, n° 05-06-180.
[559] Cons. const., 8 avril 2011, n° 2011-116, QPC, RDI 2011, p. 369, obs. F.-G. Trébulle.
[560] G.-J. Martin, Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quelle avenir ?, AJDA 2005, p. 2222.

PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET DEVOIR DE PUNIR

François Rousseau
Professeur à l'université de Nantes,
*Codirecteur du Master 2 Droit pénal et sciences crim*inelles,
Droit et Changement Social (DCS UMR 6297)

1. Confronter le principe de précaution au « devoir de punir » revient à s'interroger sur la nécessité ou non de punir sa violation. Autrement dit, le législateur « doit-il » mobiliser l'arme pénale pour sanctionner le principe de précaution?

2. **Définition du principe de précaution** – La question ne peut assurément être tranchée sans revenir sur la définition et le contenu du principe de précaution. De manière générale, le principe de précaution impose d'anticiper la connaissance des risques de dommages graves et irréversibles résultant d'activités humaines ou bien encore d'évènements naturels. Plus précisément, le principe de précaution commande d'agir même en l'absence de certitudes scientifiques afin de prendre toute mesure utile à l'évaluation de risques de dommages « hypothétiques » pour mieux les éviter. La précaution se situe donc en amont de la prévention en ce qu'elle raisonne sur un risque *incertain* sans attendre l'apparition du risque *avéré*[561]. En un sens, la précaution invite à « redoubler de prudence face à la croissance et l'importance des risques collectifs en proie à une grande complexité scientifique »[562]. Cantonné dans un

[561] Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution : Rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000.

[562] Mathilde BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi teinte », (2014) 10 *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill*, 105.

premier temps aux seuls dommages environnementaux[563], le principe de précaution a rapidement étendu son domaine aux dommages sanitaires[564].

3. Principe de précaution et légitimité du droit pénal – Assez étrangement, la doctrine favorable à l'expansion juridique du principe de précaution s'est montrée très réservée quant à sa consécration pénale[565]. Pourtant, les finalités poursuivies par le principe de précaution, à savoir la préservation de l'environnement et la protection de la santé humaine, renvoient à des biens juridiques protégés par la loi pénale. En effet, les atteintes à la vie et à l'intégrité physique de la personne humaine sont énergiquement réprimées au sein du livre 2 du Code pénal. Quant à l'environnement, il constitue l'un des intérêts fondamentaux de la nation selon l'article 410-1 du Code pénal, et le Code de l'environnement se charge d'en réprimer les atteintes de manière sectorielle (eau, air, sols, espaces naturels, etc.)[566]. On a parfois avancé des arguments techniques fondés sur le principe de la légalité criminelle qui s'opposerait à l'extension de la faute d'imprudence pénale contrairement à la souplesse de la faute civile[567]. Mais, l'imprudence pénale n'étant pas très différente de la faute civile[568], on ne voit pas très bien comment admettre l'extension de la faute civile pour défaut de précaution sans permettre la

---

563 Ce dont témoigne la formalisation constitutionnelle du principe à l'article 5 de la Charte de l'environnement.

564 Mathilde BOUTONNET et Anne GUÉGAN, « Historique du principe de précaution - Annexe 1 », dans Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution : Rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000; Karine FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire, Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris, L'Harmattan, 2002.

565 Gilles J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », dans *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Versailles, Quae, 1995, 299; François COLLART-DUTILLEUL, « Regards sur les actions en responsabilité civile à la lumière de l'affaire de la vache folle », (1997) 252 *Revue de Droit rural*, 226.

566 Pour un panorama synthétique, voir : Jean-Christophe SAINT-PAU, « La répression de la destruction de biens environnementaux », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *La protection pénale de l'environnement*, Paris, Cujas, 2014, 325.

567 Damien ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », (2007) 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 251 et les références citées.

568 Patrice JOURDAIN, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », (2001) 4 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 748*;* Mauricio TAPIA, « Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile », (2003) 66 *Gaz. Pal.* 2; François ROUSSEAU, « *L'unité des fautes civile et pénale* », dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris, Litec, 2011, 119.

même extension en droit pénal[569]. Bien au contraire, le principe de la légalité se prête plus facilement que le droit civil à l'incrimination de comportements indépendamment de leurs conséquences dommageables. On en veut pour preuve le délit de risque causé à autrui introduit dans notre législation pénale à l'occasion de l'adoption de l'actuel Code pénal[570]. Comme on a déjà pu le dire, le principe de précaution pourrait parfaitement « inspirer » de nouvelles incriminations spéciales[571]. En réalité, les réticences sont davantage d'ordre politique et témoignent d'une crainte de voir le principe de précaution engendrer une pénalisation croissante des comportements imprudents[572]. Mais, cette pénalisation de la précaution peut être raisonnablement contenue à la lumière des exigences de nécessité et de proportionnalité de la répression pénale. En ce sens, un auteur a proposé de manière pertinente les critères pouvant légitimer la création d'un délit général de manquement à la précaution : la gravité des risques, leur plausibilité et leur expansibilité[573]. À la lumière de ces trois critères, il est ainsi possible de distinguer les risques hypothétiques socialement acceptables de ceux inacceptables au point de susciter la réprobation sociale. Ne peut-on pas d'ailleurs comprendre le recours assez systématique au procès pénal par les victimes des grandes catastrophes sanitaires[574] ou écologiques[575] de ces dernières années comme une manifestation de cette aspiration sociale à la pénalisation de la précaution? Il nous semble donc que le recours à la répression pénale au nom du principe de précaution est non seulement possible techniquement, mais aussi légitime politiquement.

4. Carence du droit pénal – Pourtant, force est de constater que l'influence répressive du principe de précaution demeure en l'état actuel du droit positif très limitée. Comme l'a parfaitement montré le professeur Jean-Christophe Saint-Pau, les infractions existantes d'homicides par imprudence ou d'exposition d'autrui à un risque ne sont pas adaptées pour répondre à tous les défis

569 En ce sens, voir : D. ROETS, préc., note 7.
570 C. pén., art. 223-1.
571 G. MARTIN, préc., note 5.
572 G. MARTIN, préc., note 5; F. COLLART-DUTILLEUL, préc., note 5.
573 D. ROETS, préc., note 7.
574 François ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires », (2013) 5 *Droit pénal*, étude n° 1.
575 Par exp., voir : Crim. 25 sept. 2012, pour l'épilogue judiciaire de l'affaire de l'*Erika*.

répressifs de la précaution[576]. Tout d'abord, le périmètre de ces délits se limite aux risques pour les personnes[577]. Ensuite, l'exigence de causalité certaine entre la faute d'imprudence, d'une part, et le dommage ou le risque pour autrui, d'autre part, permet difficilement d'envisager ces délits en présence de risques « incertains »[578]. Ces obstacles juridiques expliquent en partie l'échec de la plupart des poursuites pénales engagées sur le fondement de ces délits à la suite de catastrophes sanitaires[579]. Tout au plus, peut-on identifier quelques « infractions obstacles de précautions »[580] disséminées au sein du Code de l'environnement (par exemple, les infractions en matière d'OGM[581] et les infractions en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement[582]). Mais, ces infractions techniques dérivant des différentes polices administratives environnementales poursuivent essentiellement une finalité de régulation de certaines activités en soumettant les opérateurs économiques à un ordre public environnemental[583]. Elles ne traduisent pas symboliquement une forte réprobation sociale pour manquement à la précaution. La faiblesse de leur peine est, de ce point de vue, éclairante[584].

5. Inertie du législateur – Cet état du droit positif n'a cependant pas incité le législateur à pénaliser des manquements graves à la précaution au regard de leurs potentielles conséquences irréversibles et massives sur l'environnement ou la santé humaine. Plusieurs rapports ou propositions de loi ont pourtant bien déjà été formulés en ce sens afin notamment de créer des délits génériques d'atteinte à l'environnement au sein du Code pénal[585] ou bien encore d'élargir le délit de

576 Voir : Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le principe de précaution dans la responsabilité pénale », dans le présent volume.
577 Id.
578 Id.
579 F. ROUSSEAU, préc., note 14.
580 D. ROETS, préc., note 7; J.-C. SAINT-PAU, préc., note 16.
581 Code de l'environnement., art. L. 536-3 à L. 536-5.
582 Code de l'environnement, art. L. 514-11.
583 Julien LAGOUTTE, « La protection de l'environnement : répression administrative ou pénale? », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *La protection pénale de l'environnement*, Paris, Cujas, 2014, 281; François ROUSSEAU, « Réflexions sur la répression civile des atteintes à l'environnement », (2014) 3 *Environnement et Développement durable* 13.
584 D. ROETS, préc., note 7.
585 F. ROUSSEAU, préc., note 23 et les références citées.

risque causé à autrui pour offrir une meilleure réponse pénale aux scandales sanitaires[586]. Cette inertie du législateur est d'autant plus étonnante s'agissant des catastrophes sanitaires, où plusieurs grands procès médiatiques se sont soldés par des échecs retentissants pour les victimes (alors qu'il est paradoxalement très prompt à adopter des dispositifs spéciaux d'indemnisation[587] ou de régulation[588]).

6. Hypothèse d'un « devoir de punir » au nom de la précaution – Si l'on est convaincu de l'imperfection de la norme pénale au regard des exigences du principe de précaution, pourrait-on combattre l'inertie du législateur français? Autrement dit, pourrait-on opposer à l'État français un « devoir de punir » au nom du principe de précaution? La question peut apparaitre au premier abord incongrue tant l'exercice du « droit de punir » d'un État est consubstantiel de sa souveraineté. Ce monopole étatique en matière pénale s'explique aussi par l'exigence de légitimité politique de la norme pénale dont la source principale doit être la loi. Pour autant, ce monopole de la loi en matière pénale ne peut plus aujourd'hui être conçu de manière absolue. Le juge joue un rôle normatif indéniable par son travail d'interprétation de la loi pénale et de correction de celle-ci à travers les contrôles de conventionalité et de constitutionnalité. Certes, ce rôle est secondaire ou complémentaire en ce qu'il réserve au législateur l'initiative de recourir ou non à la norme pénale[589]. Mais, ce pouvoir d'initiative du législateur en matière pénale est désormais, lui aussi, concurrencé de manière plus ou moins directe[590]. C'est tout d'abord la Cour européenne des droits de l'Homme qui a imposé aux États des obligations positives de punir de manière effective les comportements portant atteinte aux droits fondamentaux

---

586 F. ROUSSEAU, préc., note 14.

587 L. n° 91-1406, 31 déc. 1991, art. 47, créant un fond d'indemnisation des transfusés et hémophiles; L. n° 2000-1257, 23 déc. 2000, art. 53, créant un fond d'indemnisation des victimes de l'amiante; L. n° 2011-900, 29 juill. 2011, art. 57, créant un dispositif spécial d'indemnisation des victimes du benfluorex (« Mediator »); sur lequel, voir : Jonas KNETSCH, « Le nouveau dispositif d'indemnisation des victimes du Médiator issu de la loi du 29 juillet 2011 », (2011) 12 *Resp. civ. et assur.* 14.

588 L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, instituant une Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) se substituant à l'Afssaps.

589 Sébastien PELLE, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », (2013) 2 *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 265.

590 Djoheur ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », (2011) 3 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 575.

garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[591]. Ensuite, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'Union européenne dispose d'une compétence législative en matière pénale et peut donc imposer aux États membres par voie de directive de punir tel ou tel comportement[592]. Or, au sein de ces différents instruments européens, la reconnaissance du principe de précaution ne pourrait-elle pas mettre à la charge des États des obligations de punir? En l'état actuel du droit, cette réflexion sur l'émergence d'un « devoir de punir » fondée sur la précaution est d'abord à mener sur le terrain supranational ou européen. Mais, la réflexion peut être étendue au niveau interne en se demandant si des instruments juridiques nationaux pouvaient être exploités afin de fonder une obligation de punir imposée à l'État au nom de la précaution. On pense en particulier à la question prioritaire de constitutionnalité[593]. Car, faut-il rappeler que le principe de précaution a été constitutionnalisé par l'intégration de la Charte de l'environnement au sein du préambule de la Constitution, ce qui pourrait justifier un renforcement de la répression[594].

7. C'est pourquoi nous nous interrogerons dans un premier temps sur la possibilité de concevoir un « devoir de punir » fondé sur la précaution en droit européen (I), pour envisager dans un second temps les potentialités de notre droit interne à engendrer un tel « devoir de punir » (II).

I. Principe de précaution en droit européen et devoir de punir

8. En droit européen, le devoir de punir fondé sur le principe de précaution pourrait se développer dans deux cadres différents : celui de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (A) et celui de l'Union européenne (B).

A. Le possible devoir de punir imposé par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)

591 Infra.
592 Infra.
593 Infra.
594 Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », (2003) 15 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 146.

9. Des obligations positives au devoir de punir – Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950, l'émergence d'un devoir de punir incombant aux États s'est faite dans le sillage de la théorie dite « des obligations positives » dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme[595]. Suivant cette théorie, la protection « effective » des droits fondamentaux garantis par la Convention implique non seulement aux États adhérents de ne pas y porter atteinte, mais également l'obligation de prendre toute mesure nécessaire à la garantie effective des droits fondamentaux[596]. Si cette théorie des obligations positives n'implique pas nécessairement pour un État de recourir à la norme pénale, la Cour européenne a parfois considéré le droit pénal comme un « instrument prioritaire » de protection de certains droits fondamentaux[597] constituant le « noyau dur des droits fondamentaux »[598].

10. Périmètre du devoir de punir – Le siège de ce développement d'un devoir de punir imposé aux États partis à la Convention est l'article 2 garantissant le droit à la vie. Sur le fondement de cet article, la Cour européenne a dégagé trois types d'obligation positive en matière pénale[599] : une obligation positive de mettre en place une « législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne »[600] (en somme une obligation d'incriminer et d'instituer des peines dissuasives); une obligation de ne pas dépénaliser les atteintes à la vie par des mécanismes de

---

595 Frédéric SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », (1995) 23 *RTDH*, 363; Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 11e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2012, n° 163 et s.

596 « Airey c/ Irlande, 9 octobre 1979 », dans Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZINOVA, Adeline GOUTTENOIRE et Michel LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011, 18.

597 Stefano MANACORDA, « Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Stefano MANACORDA et Juliette TRICOT (dir.), *Devoir de punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, vol. n° 32, Paris, Société de législation comparée, 2013, 21; Florence MASSIAS*, Pénaliser : une obligation positive très circonscrite,* Paris, Dalloz, 2006, 745; voir également : D. ZEROUKI-COTTIN, préc., note 30.

598 S. MANACORDA, préc., note 37.

599 Nous empruntons cette typologie à S. MANACORDA, préc., note 37.

600 CEDH, 28 oct. 1998, *Osman c/ Royaume-Uni :* JCP 1998, I, 105, obs. F. SUDRE; RSC 1999. 384, obs. R. KOERING-JOULIN; RTD civ. 1999. 498, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie :* RSC 2010, p. 219, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; JCP 2009, I, 143, obs. F. SUDRE.

justification pénale trop souples ou extensifs[601]; une obligation procédurale d'enquête et de poursuite en cas d'atteinte à la vie[602]. Mais, la Cour européenne n'entend pas limiter le périmètre de ce devoir de punir à la seule protection du droit à la vie, puisqu'elle l'a également développé sur le terrain de l'article 3 prohibant les tortures et traitements inhumains ou dégradants[603], ainsi que sur celui de l'article 4 prohibant l'esclavage[604].

11. Précaution et obligation positives (art. 8) – À la faveur de ce mouvement d'extension des obligations positives de nature pénale, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité de concevoir un « devoir de punir » fondé sur le principe de précaution. En effet, on sait que la Cour européenne a depuis longtemps consacré au visa de l'article 8, garantissant le droit au respect de la vie privée, un droit de vivre dans un environnement sain[605], source d'obligations positives pour les États[606]. Or, dans ce cadre, la Cour européenne a déjà eu l'occasion au nom du principe de précaution de reprocher à un État de ne pas avoir pris des mesures adéquates pour évaluer les risques « éventuels » liés à une activité industrielle[607]. Pour autant, ces obligations positives fondées sur le seul article 8 et le droit à un environnement sain ne sont pas pour l'heure de nature pénale et relèvent davantage de la sphère civile ou administrative.

---

601 CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et a. c/ RU :* RSC 1996, p. 462, obs. R. KOERING-JOULIN; JCP 1996, I, 3910, obs. F. SUDRE*;* 20 déc. 2004, *Makaratzis c/ Grèce*, req. n° 50385/99*;* 14 juin 2011, *Trévalec c/ Belgique :* RSC 2011, p. 702, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; Dr. pén. 2012, chron. n° 3, obs. E. DREYER.

602 CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann*, préc.*;* CEDH (gr. ch.) 24 mars 2011, *Giuliani c/ Italie*, req. n° 23458/02; voir également : Olivier CAHN, « Obligations positives procédurales et droit à la *vie* », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Stefano MANACORDA et Juliette TRICOT (dir.), *Devoir de punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, vol. n° 32, Paris, Société de législation comparée, 2013, 235.

603 CEDH, 23 sept. 1998, A. c/ Royaume-Uni (§22) : JCP 1999, I, 105, obs. F. SUDRE; CEDH (gr. ch.) 10 mai 2001, Z. et a. c/ Royaume-Uni (§74) : JCP 2001, I, 342, obs. F. SUDRE.

604 CEDH, 26 juill. 2005, req. n° 73316/01, *Siliadin c/ France* : JCP G 2005, II, 10142, note F. SUDRE; D. 2006, p. 346, note D. ROETS.

605 CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez ostra c/ Espagne :* RTDciv. 1996, p. 507, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; JCP 1995, I, 3823, obs. F. SUDRE.

606 Par exemple, voir : CEDH 10 janv. 2012, *Di Sarno et a. c/ Italie :* req. n° 30765/08 (§§ 105 à 107).

607 CEDH, 27 janv. 2009, *Tatar c/ Roumanie*, req. n° 657021/01.

12. Devoir de punir et prévention (art. 2 et 8) – En revanche, dès lors que des atteintes à l'environnement sont susceptibles de mettre en danger la vie des personnes, la Cour européenne semble prête à mettre à la charge des États des obligations positives de nature pénale[608]. Elle a ainsi condamné la Turquie dans l'affaire *Öneryildiz* non seulement pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires relativement au risque d'accident résultant du mauvais fonctionnement d'une décharge municipale se situant à proximité d'habitations, mais également pour ne pas avoir poursuivi de manière effective les responsables de l'accident[609]. En d'autres termes, la Cour européenne en effectuant une lecture combinée des articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit à un environnement sain) impose aux États un devoir de punir au sujet des risques d'atteinte à l'environnement menaçant la vie humaine ou à tout le moins l'intégrité physique des personnes.

13. Devoir de punir et précaution? – Est-ce à dire que le principe de précaution pourrait fonder un « devoir de punir » en présence d'un risque hypothétique ou incertain d'atteinte à la santé humaine? Il ne semble pas aujourd'hui que la Cour européenne en soit à ce stade. En effet, dans l'affaire *Öneryildiz* comme dans les autres affaires du même type, la Cour européenne a raisonné sur un risque effectif ou *avéré* pour imposer des obligations positives de nature pénale. La logique était celle de la prévention plus que de la précaution. Il y a donc encore un pas à franchir pour admettre l'existence d'un « devoir de punir » incombant aux États en présence d'un risque incertain pour la santé humaine. Ce pas est peut être en passe d'être franchi lorsque la Cour européenne sur le seul fondement du droit à la vie condamne un État (l'Italie en l'espèce) n'ayant pas pris les mesures répressives nécessaires pour évaluer et prévenir le risque de commission d'un homicide par un détenu bénéficiant d'une libération anticipée et potentiellement dangereux[610]. La dangerosité ou le risque de passage à l'acte d'un condamné étant par hypothèse toujours incertain, la Cour européenne opère assez nettement sans le dire un

608 CEDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie :* RTDH 2003, p. 261, note Laurent; D. 2002, p. 2568, obs. Birsan; CEDH (gr.ch.) 30 nov. 2004, req. n° 48939/99 (même affaire); CEDH 22 mars 2008, *Boudaïeva c/ Russie :* AJDA 2008, p. 1929, obs. J.-F. FLAUSS; RDP 2009, p. 899, obs. M. LÉVINET.

609 CEDH, gde ch., 20 nov. 2004, préc. (§89 à 93, et §111 et s.).

610 CEDH, 24 oct. 2002, *Mastromatteo c/ Italie*, req. n° 37703/97; 15 déc. 2009, *Maiorano c/ Italie*, req. n° 28634/06; sur lesquels, voir : Raphaële PARIZOT, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin? », (2013) 3 *D.*, 188.

glissement de la prévention à la précaution générateur d'un « devoir de punir »[611]. Il n'est donc pas à exclure qu'à l'avenir la Cour européenne fonde plus ouvertement de nouvelles obligations positives de nature pénale sur le principe de précaution en combinant les articles 2 et 8. Faudrait-il s'en réjouir? Rien n'est moins sûr; car, le juge européen, fut-il juge des droits de l'Homme, dispose-t-il politiquement d'une légitimité suffisante pour s'arroger un tel pouvoir d'initiative en matière pénale? De ce point de vue, les choses sont bien différentes dans le cadre du droit de l'Union européenne (UE).

B. Le possible devoir de punir imposé par l'UE

14. Compétence pénale « autonome » – Dans le cadre du droit de l'Union européenne, ce n'est pas le juge, mais le législateur communautaire qui peut imposer aux États membres un « devoir de punir ». Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entrée en vigueur en décembre 2009, l'Union européenne dispose désormais formellement d'une compétence en matière pénale[612]. Plus précisément, l'article 83.1 du TFUE autorise le Parlement européen et le Conseil à adopter par voie de directives « des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière », à savoir « le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyen de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ». À titre d'exemple, on peut citer la directive n° 2011/36/UE du 5 avril 2011 relative à la prévention de la traite des êtres humains, ainsi que la directive n° 2011/92/UE du 13 décembre 2011 au sujet de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants. Ces deux directives ont été transposées en

611 En ce sens, voir : R. PARIZOT, préc., note 50.

612 Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, vol. n° 28, Paris, Société de législation comparée, 2012; Cyril NOURISSAT, « Lisbonne : and so what? » (2010) 1 *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 153; Eliette RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », (2009) 3 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 501. La Cour de justice de l'Union européenne avait anticipé de manière très audacieuse cette évolution, voir : CJUE 13 sept. 2005, n° 176/03 (pour l'environnement) : Dr. pén. 2005, chron n° 16, R. DE BELLESCIZE; CJUE 23 oct. 2007, n° C-440/05 (pour la pêche maritime) : Dr. pén. 2008, chron. n° 2, R. DE BELLESCIZE.

droit français par une loi du 5 août 2013[613]. Suivant les directives du législateur communautaire, le législateur français a reformulé le délit de traite des êtres humains[614], introduit un délit de réduction en esclavage et un délit d'exploitation de la réduction en esclavage d'autrui[615], ainsi qu'un nouveau délit en matière d'agression sexuelle[616]. Cette compétence de l'Union européenne en matière pénale est dite « autonome » en ce qu'elle permet au législateur communautaire de se saisir à titre principal de la matière pénale pour imposer des règles minimales d'incrimination et de sanction aux États membres[617]. Elle confère ainsi un spectaculaire « droit de punir » aux institutions européennes constituant en miroir « un devoir de punir » s'imposant aux États membres dont la France[618]. Mais, pour l'heure, le domaine de ce droit pénal communautaire « autonome » n'intéresse ni de près ni de loin le principe de précaution.

---

613 L. n° 2013-711 du 5 août 2013, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France : Dr. pén. 2013, alerte n° 47, veille par W. ROUMIER.

614 C. pén., art. 225-4-1 et s.; sur cette reformulation, voir : Muriel FABRE-MAGNAN, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot », (2014) 8 *D.* 491.

615 C. pén., art. 224-1. A, B et C.

616 C. pén. art. 222-22-2, incriminant le fait d'imposer à autrui de subir une agression sexuelle; sur lequel, voir : Stéphane DÉTRAZ et Laurent SAENKO, « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », (2014) 1 *Droit pénal*, étude n° 1.

617 Luis ARROYO ZAPATERO et Marta MUNOZ DE MORALES ROMERO, « Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 113; Eliette RUBI-CAVAGNA, « Le domaine et les méthodes de l'harmonisation autonome », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 141; Julie ALIX, « Les frontières de l'harmonisation autonome », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 148.

618 Cette compétence pénale « autonome » demeure néanmoins soumise au principe communautaire de subsidiarité selon lequel l'UE n'a vocation à intervenir que si une action au niveau européen est nécessaire, c'est-à-dire plus efficace qu'à l'échelon national des États membres. Mais, on n'a pas manquer de faire remarquer que cette nécessité du recours à l'échelon européen est plus souvent « affirmée » que « justifiée », voir : Michel Van de KERCHOVE, « Le principe de subsidiarité », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 27; Xavier PIN, « Subsidiarité versus efficacité », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 47.

Ce n'est donc pas par lui qu'un « devoir de punir » au nom de la précaution pourrait émerger en droit pénal communautaire.

15. Compétence pénale « accessoire » – Il faut donc se tourner vers une autre forme de compétence de l'Union européenne en matière pénale dite « accessoire » pour établir une possible interaction entre la précaution et le droit pénal communautaire[619]. Cette compétence pénale « accessoire » est prévue à l'article 83.2 TFUE selon lequel « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ». Cette compétence pénale est dite « accessoire » parce qu'elle doit être nécessaire à la mise en œuvre d'une politique commune de l'Union européenne ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation. Il s'agit en d'autres termes d'un droit pénal d'application ou « sanctionnateur » d'une législation communautaire extrapénale[620]. Si le domaine de cette compétence pénale « accessoire » n'est pas clairement délimité[621], on peut supposer qu'il intègre le droit de l'environnement puisque la Cour de justice de l'Union européenne avait développé un raisonnement assez semblable dans sa décision du 13 septembre 2005[622] pour conférer une compétence pénale accessoire au législateur communautaire avant l'adoption du Traité de Lisbonne[623]. À la suite de

---

619 Alessandro BERNARDI, « L'harmonisation pénale accessoire », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 153; Juliette TRICOT, « L'harmonisation pénale accessoire : question(s) de méthode. Observations sur l'art et la manière de légiférer pénalement selon l'Union européenne », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 185; Emmanuelle GINDRE, « L'harmonisation pénale accessoire. Eléments de réflexion sur la place du droit pénal au sein de l'Union européenne », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, vol. 28, coll. UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 197.

620 *Id.*

621 C. NOURISSAT, « Lisbonne : and so what? », préc., note 52.

622 CJUE 13 sept. 2005, préc., note 52.

623 André HUET, « Droit pénal », Rép. communautaire Dalloz, *v°* *Droit pénal*, 2010, n° 45; E. RUBI-CAVAGNA, préc., note 52.

cette décision de la Cour de justice, le législateur communautaire a adopté une directive en matière environnementale imposant aux États membres de punir des rejets de substances ionisantes ou appauvrissant la couche d'ozone, l'exploitation d'un établissement se livrant à une activité dangereuse pour les personnes et la destruction d'espèces protégées[624]. Il faut bien avouer cependant que ces différentes incriminations imposées par l'Union européenne reposent davantage sur une logique de prévention en raisonnant sur des risques avérés que sur une logique de précaution[625].

16. Principe de précaution en droit de l'UE – Mais, le législateur communautaire pourrait très bien à l'avenir se montrer plus entreprenant puisque le principe de précaution est consacré formellement par l'article 191.2 du TFUE [626] et reconnu comme un principe général du droit communautaire par la Cour de justice de l'Union européenne[627]. L'Union européenne dispose ainsi de tous les instruments juridiques afin d'imposer aux États membres, pour les besoins de sa politique environnementale ou bien d'une autre politique commune devant « intégrer » la protection de l'environnement (par exemple, la mise en œuvre du marché commun, les transports, la pêche ou l'agriculture)[628], des infractions de nature pénale sanctionnant des manquements graves au principe de précaution. Sans doute ne faut-il pas être trop optimiste (ou alarmiste) sur cette perspective, car il ne faut

---

624 Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement, dans Serge DE BIOLLEY, Henri LABAYLE et Maïtena POELEMANS (dir.), *Code pénal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd. 2013. Suivant le même schéma, une directive du 21 octobre 2009 (n° 2009/123/CE) relative à la pollution marine fut adoptée à la suite de la décision de la Cour de justice du 23 oct. 2007, préc., note 52, pour notamment imposer la répression pénale des rejets de substances polluantes en mer.

625 Mais, leur transposition peut être l'occasion pour le législateur national d'envisager l'adoption de mesures plus ambitieuses ou « renforcées » comme l'autorise l'article 193 TFUE, voir : Véronique JAWORSKI, « L'Union européenne et la protection pénale de l'environnement : la directive du 19 novembre 2008 », Revue Environnement 2009. 4 Comm. n° 49.

626 « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »

627 TPICE, 26 nov. 2002, *Artegodan GmbH et a. c. Comm.*, Recueil CJCE 2002. II. 4945 *(*aff. T-74/00, T-76/00, T-85/00, T-132/00 et T-141/00?)*;* voir également : CJCE, 5 mai 1998, *National farmers* et *Royaume-Uni c. Comm.*, C-157/46 et C-180/96; 9 sept. 2003, *Monsanto*, C-236/01.

628 Sur ce mécanisme d'intégration, voir : Louis DUBOUIS & Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n° 378.

jamais perdre de vue que l'objectif d'harmonisation poursuivi par l'Union européenne en matière environnementale doit tenir compte, comme le rappelle expressément l'article 191.2, « de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union ». Par ailleurs, l'expérience a montré en d'autres domaines que l'Union européenne pouvait faire prévaloir le souci de ne pas fausser la concurrence sur celui de la précaution[629].

17. On peut donc en conclure que le « devoir de punir » fondé sur le principe de précaution, au niveau européen, relève encore aujourd'hui de la prospective, mais du possible. Il semble en revanche que les potentialités du droit interne français soient beaucoup plus limitées.

II. Principe de précaution en droit interne et devoir de punir

18. En droit interne français, on pourrait être tenté d'exploiter les potentialités de la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ou bien encore mettre en cause la responsabilité de la puissance publique pour imposer un « devoir de punir » au nom de la précaution. Mais à bien y regarder, les potentialités de l'option constitutionnelle demeurent très limitées (A) et celles de l'option administrative apparaissent bien illusoires (B).

A. Les potentialités limitées de la QPC

19. **Principe de précaution et obligation positive** – À l'image de la Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel français peut enjoindre au législateur d'adopter des dispositions légales afin d'assurer la protection d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie. Il a ainsi déjà eu l'occasion de censurer une loi n'offrant pas

629 On peut citer en exemple la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, dont l'exposé des motifs montre que l'objectif principal de la directive est d'harmoniser les règles de responsabilité civile afin d'éviter des inégalités de traitement des victimes au sein de l'Union pour ne pas fausser la concurrence des opérateurs économiques. L'exonération du producteur pour « risque de développement » imposée par la directive revient, d'ailleurs, à faire peser sur les victimes les risques « incertains » de défectuosité de la chose au moment de sa mise en circulation.

suffisamment de garanties légales à des exigences constitutionnelles[630] ou bien encore une loi déléguant abusivement sa compétence législative par renvoi au pouvoir réglementaire (sanction dite de « l'incompétence négative ») [631] . Par ailleurs, le principe de précaution a acquis une valeur constitutionnelle depuis l'intégration de la Charte de l'environnement au sein du préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005[632]. Dès lors, si le principe de précaution constitue l'une de ces exigences constitutionnelles que la loi doit garantir, le Conseil constitutionnel pourrait très bien censurer les carences du législateur dans la mise en œuvre de ce principe. C'est bien en ce sens, semble-t-il, que peut être interprétée la décision du 19 juin 2008 ayant contrôlé la loi relative aux OGM. En effet, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle du principe de précaution, le Conseil explique qu'il lui incombe « de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution [obligation négative] et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques [obligation positive] ».

20. Principe de précaution et devoir de punir *par* la QPC? – Pour autant, le Conseil constitutionnel ne semble pas avoir encore imposé au législateur une obligation positive de « punir » au nom d'une exigence constitutionnelle. En s'inspirant de la jurisprudence européenne, on pourrait être tenté d'exploiter les ressources de la question prioritaire de constitutionnalité (entrée en vigueur le 1er mars 2010)[633] afin de suggérer au Conseil de sanctionner l'absence ou l'insuffisance de la pénalisation de comportements susceptibles d'engendrer des risques environnementaux ou sanitaires graves. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité offre à tout justiciable la possibilité au cours d'une instance de contester la régularité d'une disposition législative applicable au litige, dès lors qu'elle méconnait un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Si la question est jugée sérieuse par la

630 Cons. const. 29 juill. 1986, n° 86-210 DC, relative à la loi portant réforme du régime de la presse, dans *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, obs. Michel VERPEAUX, Pierre DE MONTALIVET et Agnès ROBLOT-TROIZIER, PUF, 2011, n° 51, p. 429; voir également plus récemment : Cons. const. 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC (consid. 26), relative aux dispositions du Code de la santé publique portant sur les soins psychiatriques sans consentement.

631 Cons. const. 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, examinant la loi relative aux OGM, dans *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, n° 45, p. 373.

632 Cons. const. 19 juin 2008, préc., note 71 (consid. 18); Cons. const. 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC (consid. 79).

633 Const., art. 61-1.

Cour de cassation ou le Conseil d'État, elle est transmise au Conseil constitutionnel qui doit répondre dans un délai de trois mois. On pourrait donc imaginer au cours d'un procès pénal relatif à une catastrophe sanitaire ou environnementale se soldant par une relaxe généralisée que des victimes tentent de saisir le Conseil constitutionnel en considérant que cette carence du droit pénal méconnait le principe de précaution.

21. **Droit fondamental invocable** – Encore faudrait-il s'assurer que cette carence de la législation pénale au regard du principe de précaution porte atteinte à un droit fondamental[634]. Car, le principe de précaution ne semble pas pouvoir à lui seul faire l'objet d'un « droit-créance » ou « droit à » la précaution opposable par les justiciables à l'État. Il faudrait donc impérativement le coupler avec un autre droit individuel constitutionnellement garanti et pouvant être atteint à la suite d'un défaut de précaution. On pourrait en ce sens invoquer le droit de vivre dans un environnement sain et respectueux de la santé que le Conseil constitutionnel a récemment consacré sur le fondement de l'article 1er de la Charte de l'environnement[635]. On pourrait encore songer au droit à la vie garanti implicitement par l'article 2 de la DDHC de 1789[636].

22. **Norme législative contestable?** – Il reste qu'une QPC articulée sur la « carence » du législateur à réprimer des manquements à la précaution susceptibles de porter atteinte au droit à la vie ou de vivre dans un environnement sain risque fort de buter sur la condition essentielle à tout contrôle de constitutionnalité : l'existence d'une norme légale à contester. En effet, l'objet de la QPC porte sur la contestation d'une « disposition législative » méconnaissant un droit ou une liberté constitutionnellement garantie. Il s'agit donc en premier lieu d'un contentieux « normatif » et non d'un contentieux portant directement sur la violation ou non d'un droit fondamental à l'instar du recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Autrement dit, en l'absence d'une norme à contrôler, la QPC devient

634 Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC (consid. 4), dans Louis FAVOREU et Loïc Philip FAVOREU (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16e éd., 2011, Paris, Dalloz, n° 46.

635 Cons. const. 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC; sur lequel, voir : Karine FOUCHER, *La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel*, AJDA, 2011, p. 1158.

636 Cons. const. 15 janv. 1975, n° 74-54 DC; 27 juin 2001, n° 2001-446 DC; voir également : Xavier BIOY, « Approche constitutionnelles du droit à la vie », dans Michel LÉVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 93.

sans objet; le Conseil constitutionnel ne peut contrôler un « vide juridique ou normatif »[637]. Cela veut donc dire qu'il n'est pas possible par le biais d'une QPC de contester l'absence de norme pénale au nom du principe de précaution. Tout au plus, pourrait-on envisager la contestation d'une norme de « dépénalisation » pouvant apparaitre excessive au regard du principe de précaution. On pourrait songer, par exemple, au fait justificatif spécial de l'article L. 216-6 du Code de l'environnement qui écarte l'application du délit de pollution des eaux lorsque le rejet polluant est autorisé par arrêté[638]. On pourrait aussi penser à l'interprétation restrictive par le juge pénal d'une norme d'incrimination[639], tel que le délit d'exposition d'autrui à un risque (art. 223-1 CP), qui empêcherait l'extension du délit à des comportements contraires au principe de précaution[640]. Mais, cette dernière hypothèse semble d'emblée vouée à l'échec, au regard du principe de la légalité criminelle garantissant la liberté individuelle qui commande l'interprétation stricte de la loi pénale. C'est dire que les potentialités de la QPC à faire émerger un « devoir de punir » au nom du principe de précaution sont extrêmement limitées. Encore plus en retrait, les potentialités de la responsabilité administrative sont, quant à elles, illusoires.

B. Les potentialités illusoires de la responsabilité administrative

23. Responsabilité administrative et « devoir de punir » : hypothèse – La fonction première de la responsabilité administrative est de permettre à un administré d'obtenir la réparation d'un préjudice résultant de l'action publique d'une administration. Il s'agit en un sens d'une responsabilité

637 En ce sens, voir CE, QPC, 18 juill. 2011, D. 2011, p. 2121, à propos des dispositions de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement; voir également, mais implicitement : Cons. const. 30 sept. 2011, n° 2011-169 QPC (consid. 9), à propos de l'article 544 du Code civil définissant le droit de propriété.

638 Pour une critique de cette autorisation administrative de polluer, voir J.-C. SAINT-PAU, « La répression de la destruction de biens environnementaux », préc., note 6.

639 Le contrôle de constitutionnalité d'une loi dans le cadre d'une QPC pouvant s'étendre à « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition », voir Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-32 (consid. 2); après avoir un temps décidé du contraire, voir Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 09-70161 et n° 09-82582, la Cour de cassation s'est ralliée à cette solution, voir Cass., QPC, 30 nov. 2010, n° 10-16828.

640 Sur cette possibilité, voir D. ROETS, préc., note 7; J.-C. SAINT-PAU, *Le principe de précaution dans la responsabilité pénale*, préc., note 16.

« civile » applicable aux personnes publiques[641], mais obéissant à un régime autonome relevant de la compétence du juge administratif depuis la célèbre décision *Blanco* du Tribunal des conflits de 1873[642]. On pourrait alors se demander si une défaillance du législateur pourrait être source de responsabilité de la puissance publique afin de l'inciter à corriger les imperfections de sa législation. Plus précisément, il s'agirait d'engager la responsabilité de l'État en raison de la protection insuffisante du principe de précaution par la loi pénale. Si une telle responsabilité administrative était admise, elle constituerait *indirectement* une forme de « devoir de punir » au nom de la précaution. Il s'agit au fond de reproduire en droit interne *par* la responsabilité administrative la mécanique du recours exercée par un particulier devant la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, lorsqu'elle estime que le requérant a bien été victime d'une violation de l'un de ses droits fondamentaux par le droit d'un État, elle ne peut que le condamner à verser au requérant une « satisfaction équitable »[643], faisant à la fois office d'indemnisation pour la victime et d'incitation envers cet État à modifier son système juridique.

24. Responsabilité administrative et précaution – Cette possible responsabilité administrative pour carence de l'État au nom du principe de précaution semble déjà avoir été admise en matière de santé publique[644]. C'est tout d'abord à l'occasion de l'affaire du sang contaminé que le Conseil d'État a retenu la responsabilité de l'État pour carence fautive à n'avoir pas usé à temps de son pouvoir de réglementation à l'encontre des produits sanguins non chauffés[645]. Une solution assez comparable a été retenue par la suite à l'occasion de l'affaire de l'amiante[646]. Mais, il convient d'observer que cette responsabilité administrative reposait sur une carence du pouvoir exécutif dans l'adoption de mesures réglementaires de prévention ou précaution de nature non pénale. Il ne s'agissait donc pas de reprocher à l'État une quelconque carence dans l'usage de son « droit de punir ».

---

641 Philippe LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », *Dalloz Action*, 2012/2013, n° 112.

642 TC 8 févr. 1873, *Blanco*, Lebon 1er; Marcel LONG, Prosper WEILL, Guy BRAIBANT, Pierre DÉVOLVÉ et Bruno GENEVOIS « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », *Dalloz*, 19e éd., 2013, n° 1.

643 Conv. ESDHLF, art. 41.

644 Voir K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire*, préc., note 4, p. 468 et suiv., p. 481 et suiv.

645 CE, ass., 9 avril 1993, n° 138653, Lebon 110, concl. M. LEGAL; RFDA 1993, p. 583, note H. LEGAL.

646 CE, ass., 3 mars 2004, n° 241150 à 241153 (4 arrêts), Lebon 126; RFDA 2004, p. 612, concl. Emmanuelle PRADA-BORDENAVE; RCA 2004, comm. n° 234, note Christophe GUETTIER.

25. Responsabilité « du fait des lois » – La responsabilité de l'État, en raison d'une carence du droit pénal à sanctionner le principe de précaution, ne peut être envisagée qu'à la lumière de la responsabilité dite « du fait des lois », puisque la création d'un délit relève de la seule compétence du législateur au sens strict[647]. Cette responsabilité, un temps refusée en raison de la souveraineté qui s'attache à l'action législative, fut admise par le Conseil d'État en 1938 dans son célèbre arrêt *la Fleurette*[648]. Dans cette affaire, on rappellera qu'une loi de 1934 avait interdit de commercialiser sous le nom de « crème » tout produit ne contenant pas exclusivement du lait, ce qui obligea la société « La Fleurette » à interrompre la fabrication de l'un de ses produits (« Gradine »). Le Conseil d'État s'est fondé sur le principe d'égalité devant la charge publique pour considérer en l'espèce que la charge supportée par le requérant du fait de la loi était anormale et non justifiée par des raisons d'intérêt général, créant ainsi une rupture d'égalité devant la charge publique (la responsabilité est donc sans faute). Plus récemment, cette responsabilité du fait des lois a connu un développement remarquable à l'occasion de l'arrêt *Gardedieu* du 8 février 2007[649], où le Conseil d'État a admis la responsabilité administrative de l'État en raison de l'adoption d'une loi méconnaissant les engagements internationaux de la France[650]. Dans cette affaire, était en cause une loi de validation relative au recouvrement de cotisations sociales qui n'était pas motivée par un impérieux motif d'intérêt général et en cela contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

26. Responsabilité « du fait de l'absence de loi »? – Mais, la mobilisation de cette responsabilité du fait des lois pour sanctionner les carences de la législation pénale au regard du principe de précaution semble bien illusoire pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le principe d'une responsabilité du fait des lois n'a pour l'heure été admis qu'en raison de l'adoption d'une loi préjudiciable pour un

---

647 Const., art. 34.

648 CE, ass., 14 janv. 1938, SA des produits laitiers La Fleurette, Lebon 25; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., note 82, n° 50.

649 CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *M. Gardedieu,* JCP 2007, II, 10045, note Marie-Christine ROUAULT; RFDA 2007, p. 361, concl. Luc DEREPAS, et p. 525, note Marguerite CANEDO-PARIS; RTDciv. 2007, p. 297, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD.

650 Le fondement de cette responsabilité (faute ou sans faute) est très discuté en doctrine, voir Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *Encyclopédie Dalloz*, Paris, Rép. Responsabilité de la puissance publique, 2005, n° 75; Ph. LE TOURNEAU, préc., note 81, n° 203.

particulier et jamais en raison de *l'absence* de loi. Et même à supposer que le Conseil d'État étende sa jurisprudence *Gardedieu* à l'hypothèse de la non-transposition d'une directive communautaire[651] imposant aux États membres d'incriminer et de punir des comportements contraires à la précaution, il faudrait encore établir l'existence d'un préjudice découlant de cette non-transposition.

27. Absence de loi pénale et préjudice? – C'est en effet, ensuite, cette exigence de lien de causalité entre un éventuel préjudice et la non-incrimination d'un manquement à la précaution qui risque de poser de sérieuses difficultés. Tant qu'aucun incident sanitaire ne sera survenu, aucun préjudice ne pourra être caractérisé. Et même en raisonnant sur un préjudice d'angoisse ou d'anxiété[652] résultant de l'inquiétude des risques potentiels liés à une activité dont les responsables manquent à leur devoir de précaution, le lien de causalité entre ce préjudice et l'absence de législation pénale sera plus que discutable. Non seulement la cause adéquate du préjudice est le développement de l'activité litigieuse non imputable au législateur. En outre, l'absence de délit pénal pour manquement à la précaution n'apparait même pas comme un antécédent nécessaire de l'activité litigieuse à l'origine du préjudice d'angoisse ou d'anxiété des victimes. Si la dissuasion de la loi pénale était à ce point, il y a bien longtemps que la criminalité serait jugulée et que nos prisons seraient vides! C'est dire que l'émergence d'un « devoir de punir » au nom de la précaution *par* la responsabilité administrative de l'État apparait totalement illusoire.

28. En conclusion, ce tour d'horizon national et européen nous aura permis de constater que l'émergence d'un « devoir de punir » s'imposant à l'État au nom de la précaution n'est pas encore à l'ordre du jour. Le droit français ne semble pas pouvoir disposer des ressources juridiques suffisantes en ce sens, et les possibilités juridiques du droit européen n'ont pas encore été exploitées à cette fin. Faut-il s'en plaindre? Sans doute pas, si l'on considère que le recours à la norme pénale est un acte politiquement et socialement fort dont l'initiative doit appartenir à un législateur disposant d'une forte

651 Sur cette possibilité, voir : S. HENNETTE-VAUCHEZ, préc., note 90, n° 77.

652 Par exemple, voir Cass. soc., 25 sept. 2013, D.2013.2954, note Anne GUÉGAN-LÉCUYER; voir également, Cass. soc., 4 décembre 2012, *Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus! À propos d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 4 décembre 2012,* RCA, 2013, étude 3, obs. Cristina CORGAS-BERNARD.

légitimité démocratique[653]. On ajoutera enfin que l'émergence de ce « devoir de punir », qu'il émane aujourd'hui du législateur communautaire ou du juge européen et pourquoi pas demain du juge constitutionnel français, accorde un brevet d'efficacité au droit pénal qui parait bien exagéré[654]. À moins que les profonds ressorts de ce « devoir de punir » ne soient que de l'ordre du symbole[655]…

653 En ce sens, voir S. MANACORDA, préc., note 37 mettant en garde contre « l'enthousiasme facile de la pan-pénalisation »; voir également : D. ZEROUKI-COTTIN, préc., note 30.

654 M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 58; D. ZEROUKI-COTTIN, préc., note 30.

655 X. PIN, préc., note 58.

LES INFRACTIONS DE PRÉCAUTION

Jean-Christophe Saint-Pau
Professeur de droit privé et sciences criminelles,
Doyen de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Bordeaux
Directeur de l'Institut de sciences criminelles et de la justice

1. Sources extrapénales. – Bien qu'il soit consacré dans le droit positif français, dans l'article 5 de la Charte de l'environnement intégrée à la Constitution et dans l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, le principe de précaution ne se concrétise pas directement dans une norme pénale : il n'existe donc pas, *a priori*, de responsabilité pénale pour violation du principe de précaution.

2. Action publique environnementale. – L'explication de ce constat tient à ce que le principe est destiné à orienter l'action publique en matière environnementale. De là une double restriction. D'une part, et *ratione personae*, ce sont les *autorités publiques* qui sont débitrices d'une obligation de précaution : elles veillent « à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage » (Charte, art. 5). Dans cette dimension verticale (de l'État vers les citoyens) et administrative, le principe de précaution ne concerne pas les particuliers, et donc leur responsabilité judiciaire. D'autre part, et *ratione materiae*, le principe de précaution est exclusivement envisagé au regard des dommages à l'environnement : l'article L. 110-1 du Code de l'environnement envisage ainsi « le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Or, dans une première analyse, le Code pénal ne semble pas consacrer à titre autonome l'environnement comme un bien pénalement protégé.

3. Principe de précaution et interprétation de la norme pénale. – Cette première impression peut cependant être dépassée. Il peut d'abord être observé qu'une règle prioritairement orientée vers l'autorité publique peut produire des effets de droit entre particuliers (effet horizontal) lorsqu'elle est dotée d'une valeur supra-législative et qu'elle consacre des valeurs fondamentales. Il en est ainsi de la Convention européenne des droits de l'Homme qui oblige d'abord les États à respecter des droits fondamentaux, mais qui est ensuite directement appliquée dans les rapports entre particuliers par les juridictions internes. Dans cette analyse, les normes consacrant le principe de précaution pourraient être invoquées devant le juge pénal pour interpréter des normes répressives gouvernant la responsabilité des particuliers, et plus particulièrement des décideurs publics et privés, ainsi que des groupements auxquels il pourrait être reproché de ne pas avoir pris en considération un risque incertain de dommages irréversibles à l'environnement ou à la santé publique. C'est particulièrement *le droit pénal de l'imprudence* qui pourrait être influencé par le principe de précaution, en admettant que sa méconnaissance soit constitutive d'une faute : la faute de précaution.

4. Principe de précaution et création de la norme pénale. – Au-delà de cette première analyse visant à user du principe de précaution comme directive d'interprétation, il peut ensuite être constaté que l'environnement et la santé publique peuvent apparaître comme des biens pénalement protégés susceptibles de justifier l'existence d'incriminations. Cette affirmation se justifie d'abord au regard du Code pénal qui, en son article 410-1, décrit les intérêts fondamentaux de la nation et cite à ce titre « l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement ». Plusieurs incriminations manifestent ainsi que les biens environnementaux sont protégés, d'abord de manière indirecte – à travers l'homme et ses biens –, mais ensuite de manière directe et autonome[656]. Une responsabilité pénale environnementale est ainsi en construction.

5. Obligation d'incriminer. – Il est ensuite concevable d'admettre qu'il existe une obligation pour l'État d'incriminer des atteintes environnementales irréversibles. Cette assertion se

[656] Jean-Christophe SAINT-PAU, « La répression de la destruction des biens environnementaux », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, Paris, Cujas, 2014.

justifie au regard de la théorie des obligations positives dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme qui permet d'envisager la condamnation d'un État qui ne prend pas les mesures nécessaires pour permettre la jouissance paisible d'un droit fondamental[657]. Il est ainsi jugé que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et constituer un obstacle à la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile[658]. Mais l'obligation positive d'assurer la jouissance de ce droit peut s'étendre au-delà de la prévention des atteintes à la précaution des risques. Initialement réfractaire au principe de précaution[659], la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu l'existence d'obligations positives même en cas de risques potentiels : « l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour le bien-être et la santé des requérants conférait une obligation à l'État d'évaluer les risques, au moment de l'autorisation d'exploitation comme après l'accident, et de prendre les mesures appropriées »[660]. Se pose alors la question de la création d'une « infraction de précaution » au titre des infractions de risques[661].

6. Imprudence dommageable ou non dommageable. – De manière à la fois positive et prospective, l'idée d'une infraction de précaution peut ainsi être soutenue en deux sens. Lorsque le risque initialement incertain s'est concrétisé en un dommage, il s'agit de savoir s'il est possible de reprocher, de manière rétrospective, une faute de précaution à une personne physique ou à une personne morale. Cette faute de précaution est alors envisagée comme une faute d'imprudence qui devient

---

657 *X. et Y.* c. *Pays-Bas*, n° 8978/80, § 23, CEDH, 26 mars 1985.

658 *Lopez Ostra* c. *Espagne*, § 51, CEDH, 9 déc. 1994; *Guerra* c. *Italie*, § 60, CEDH, 19 févr. 1998; Giacomelli c. Italie , 2 nov. 2006.

659 *Öneryildiz* c. *Turquie*, § 89-90, CEDH, Gr. Ch. 30 nov. 2004 (risque avéré); *LCB* c. *Royaume-Uni*, § 36, CEDH, 9 juin 1998 (danger réel).

660 *Tatar* c. *Roumanie*, n° 67021/01, § 107, CEDH, 27 janv. 2009.

661 Au-delà du cadre de cette étude, le principe de précaution a été invoqué sous l'angle de la justification d'infraction de dégradation du bien d'autrui (destruction d'organisme génétiquement modifié), mais la Cour de cassation a rejeté ce moyen de défense car les conditions de l'état de nécessité (C. pén., art. 122-7) ne sont pas réunies, spécialement l'existence d'un danger actuel et imminent ainsi que la nécessité et la proportionnalité de l'infraction. - Voir notamment, Cass. crim., 7 févr. 2007, n° 06-80108, JCP G, II, 10059, obs. G. Trebulle *: « les prévenus n'expliquent pas en quoi la destruction d'une parcelle, comprenant pour partie seulement des plants génétiquement modifiés, pouvait les sauvegarder du danger supposé; il y a, à tout le moins, disproportion manifeste entre la valeur de l'intérêt sacrifié et celle de l'intérêt sauvegardé* ». – Cass. Crim., 19 nov. 2002, n° 02-80788. - 18 févr. 2004, n° 03-82951. - 31 mai 2007, n° 06-86628.

pénalement punissable en fonction du résultat dommageable causé à une victime selon deux catégories d'incriminations : l'homicide involontaire (C. pén., art. 221-6) et les atteintes involontaires à l'intégrité physique (C. pén., art. 222-19). Le principe de précaution constitue alors une directive d'interprétation de la faute d'imprudence. Lorsque le risque incertain ne s'est pas encore concrétisé en un dommage, la question est de savoir si, de manière actuelle et prospective, une faute de précaution peut être reprochée à une personne physique ou à une personne morale. Cette faute de précaution est alors envisagée comme une faute d'imprudence qui devient pénalement punissable en fonction, d'une part, de la nature particulière des imprudences constatées et, d'autre part, de la gravité du risque auquel les personnes ou l'environnement sont exposés. Outre des qualifications spécifiques, c'est alors le délit de risques causés à autrui de l'article 223-1 du Code pénal qu'il s'agit d'envisager, et éventuellement de modifier en contemplation du principe de précaution. Par conséquent, l'infraction de précaution est soit une infraction d'imprudence dommageable (I), soit une infraction d'imprudence non dommageable (II).

I. L'infraction de précaution en tant qu'imprudence dommageable

7. Causalité et faute. – Si l'on fait abstraction du résultat (mort ou blessures), les qualifications d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique comprennent des éléments constitutifs identiques : une faute et un lien de causalité entre cette faute et le résultat. Ce sont ces deux éléments qu'il convient de confronter au principe de précaution.

A. La causalité pénale et le principe de précaution

1) Identification de la causalité pénale

8. Causalité normative. – La causalité pénale est une causalité juridique, et ainsi normative[662]. Elle suppose un jugement de valeur judiciaire sur l'enchaînement des faits qui ne se

662 Voir notre article, « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 679.

résume pas nécessairement à des constatations scientifiques, mais peut prendre en considération des données sociales et morales.

9. Existence et intensité de la causalité. – Ce jugement de valeur est réalisé sous deux angles : la certitude de la causalité, c'est-à-dire son existence; l'amplitude de la causalité, c'est-à-dire son intensité – directe ou indirecte.

10. Causalité directe et indirecte. – Cette seconde analyse de la causalité est impliquée par une réforme du 10 juillet 2000 modifiant l'article 121-3 du Code pénal qui impose de distinguer, pour la responsabilité des seules personnes physiques, la causalité directe et indirecte entre l'imprudence et le dommage. Lorsque la causalité est directe, c'est-à-dire lorsque l'agent a commis une faute de situation (il a frappé la victime), sa responsabilité est engagée pour faute simple. Lorsque la causalité est indirecte, c'est-à-dire lorsque l'agent a commis une faute de décision engendrant une situation dommageable, sa responsabilité est engagée pour faute grave.

11. Personnes morales. – Cette dépénalisation de la faute d'imprudence ne vaut pas pour les personnes morales dont la responsabilité pénale peut être engagée pour faute simple, quelle que soit l'intensité de la causalité (C. pén., art. 121-3 al. 4).

2) La certitude de la causalité et le principe de précaution

12. Catastrophes sanitaires. – C'est la certitude du rapport de nécessité entre la faute et le dommage qui pose difficulté dans les hypothèses où la mise en œuvre du principe de précaution est concevable. Dans les catastrophes sanitaires par exemple, la certitude du lien de causalité peut être affectée par *l'existence d'un doute scientifique* sur le rapport entre l'exposition des victimes à un risque et l'apparition de certaines pathologies.

13. Présomption de causalité? – Il est certes possible, à l'instar du droit de la responsabilité civile, de raisonner par présomptions de fait dès lors que la preuve d'un élément constitutif d'un délit

peut se réaliser par tous moyens (CPP, art. 427). Dans cette perspective, l'existence d'indices graves et concordants peut sembler permettre au juge pénal de poser une présomption, spécialement lorsqu'aucune autre cause possible du dommage n'est établie.

14. Exclusion de la présomption. – Toutefois, dans la récente *affaire Thernobyl*, la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte fermement ce type de preuve par exclusion dite « présomption par élimination »[663]. Alors que les victimes soutenaient que la causalité entre les fautes reprochées et la pathologie des victimes, à défaut de pouvoir être établie positivement, pouvait être déduite de « l'impossibilité d'imputer cette pathologie à une autre cause », la Cour de cassation juge au contraire que : « pour dire n'y avoir lieu à suivre des chefs de blessures et homicides involontaires empoisonnement et administration de substances nuisibles à la santé, l'arrêt, après avoir relevé qu'à ce jour, il n'a pas été constaté, en France, une augmentation significative des cancers de la thyroïde, retient que compte tenu de l'impossibilité de déterminer la dose d'iode ingérée par chaque malade, il est en l'état des connaissances scientifiques actuelles, impossible d'établir un lien de causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Thernobyl »[664].

15. Incertitude des bases de la présomption. – Cette décision est rationnelle pour deux raisons. Une présomption n'est d'abord *raisonnable* que si elle repose sur un fait connu doté d'une certitude. Or, dans cette affaire, l'incertitude tient non seulement à la causalité entre les pathologies et le passage du nuage radioactif, mais également au fait même de contamination. Les bases de la présomption deviennent alors incertaines. L'affaire se distingue ainsi de celle qui, jugée sur le fondement de l'article 223-1 du Code pénal (Délit de mise en danger d'autrui), retient que la violation de la réglementation par l'usine de recyclage de batteries a certainement exposé autrui à un risque puisque plusieurs habitants présentaient un taux de plomb important dans le sang[665].

---

663 Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations : le fait juridique*, 14e éd., t. 2, coll. « Sirey Université », Paris, Dalloz-Sirey, 2011, n° 164.

664 Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-87.531, Jean-Christophe SAINT-PAU, « Droit pénal spécial I », RPDP 2013, p. 367.

665 Cass. crim., 30 oct. 2007, n° 06-89.365 et Cass. crim., 21 sept. 2010, n° 09-86.258.

16. ***In dubio pro reo*.** – Plus fondamentalement ensuite, la présomption d'innocence (CESDH, art. 6 § 2) impose de juger que le *doute profite à la personne poursuivie*. C'est en effet à l'accusation qu'il appartient de prouver les éléments constitutifs d'une infraction. Lorsque le poursuivant ne parvient pas à prouver de manière décisive les faits, le juge doit faire bénéficier le prévenu du doute (*in dubio pro reo*)[666]. Ainsi lorsque les éléments présentés au juge « n'entraîne[nt] pas de certitude absolue », celui-ci doit « considérer qu'il demeure un doute dont le prévenu doit bénéficier » alors même que la culpabilité est « probable »[667]. De là, on aperçoit que le principe de précaution est impuissant à modifier l'appréciation du lien de causalité. En est-il différemment de la faute d'imprudence?

B. La faute d'imprudence et le principe de précaution

17. **Causalité et faute.** – Selon l'article 121-3 du Code pénal, et pour les seules personnes physiques, la faute qui conditionne la responsabilité est variable en fonction du rôle causal, direct ou indirect, de l'auteur dans la réalisation du dommage qui se détermine en fonction de la proximité matérielle, temporelle et spatiale entre l'auteur et le dommage[668]. La loi distingue entre les actions dommageables directes et les décisions dommageables indirectes. Dans ce cadre, la responsabilité d'un auteur direct est soumise à la démonstration d'une faute d'imprudence simple et celle d'un auteur indirect à celle d'une faute qualifiée.

1) L'interprétation de l'imprudence simple

18. **Domaine.** – Selon l'article 121-3, alinéa 2, l'imprudence n'est incriminée qu'à titre exceptionnel, lorsque la loi le prévoit. C'est expressément le cas pour les infractions contre la vie et l'intégrité physique (C. pén., 221-6 et 222-19) qui visent *de manière ouverte*, la maladresse,

---

666 V. par exemple, Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 17e éd. 2013, n° 393.

667 Cass. Crim., 22 juin 1960, Bull. crim. n° 339.

668 Sur ce critère, Jean-Christophe SAINT-PAU, « Droit pénal spécial », RPDP 2005, p. 235; J.-C. SAINT-PAU, S. FOURNIER et V. MALABAT, « Droit pénal spécial », RPDP 2009, p. 847. Dans le même sens, François ROUSSEAU, « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence » dans *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2009, p. 43.

l'imprudence, l'inattention, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité. Sont également incriminées, les dégradations involontaires de biens appartenant à autrui et dangereuses pour les personnes dans le seul cas de la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (C. pén., art. 322-5).

Quant aux infractions contre *l'environnement* par le fait de pollution de l'air, l'eau et la terre, qui étaient autrefois qualifiées de « délits matériels », elles ne visent certes pas la faute d'imprudence, car elles ont été créées avant l'avènement du nouveau Code pénal. Mais l'article 339 de la loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992 précise que « tous les délits non intentionnels réprimés par les textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibéré[es] d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ».

19. Directive légale d'interprétation de l'imprudence. – L'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal offre au juge judiciaire une directive d'interprétation de la faute d'imprudence qui est établie lorsque *«* l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Le juge détermine ainsi *une norme judiciaire pénale a posteriori en tenant compte d'éléments concrets*.

20. Conscience ou inconscience du risque incertain. – Dans ce cadre, le principe de précaution peut orienter l'appréciation judiciaire des diligences normales en distinguant si *l'agent avait ou non conscience du risque incertain de dommage irréversible pour l'environnement ou la santé publique.*

21. Conscience du risque incertain. – Lorsque le défaut de précaution est imputable à une personne qui avait conscience du risque incertain de dommage irréversible pour l'environnement ou la vie humaine, la faute d'imprudence peut paraître impliquée par la combinaison de l'absence de mesure et de la connaissance du risque incertain de dommage irréversible à une valeur éminente. Ainsi celui qui met sur le marché un produit dont il connaît le risque incertain de dommage irréversible pour l'environnement, la vie ou l'intégrité physique sans prendre de mesures effectives et proportionnées

permettant de le juguler commet une faute fondée sur le défaut de précaution qui engagera sa responsabilité pénale si le risque incertain se transforme en dommage certain (et sous réserve de la causalité). En d'autres termes, celui qui connaissait le risque incertain de dommages irréversibles et qui était capable de prendre des précautions *aurait dû adopter des mesures :* là gît la faute d'imprudence.

22. Inconscience du risque incertain. – Lorsque, en revanche, le défaut de précaution est imputable à une personne qui *n'avait pas conscience du risque incertain de dommages irréversibles* pour l'environnement ou la vie humaine, la qualification de faute d'imprudence paraît injuste dès lors *qu'on ne peut prévenir que ce que l'on a prévu*[669]. Mais la culpabilité pourrait resurgir si l'on observe, en application de l'article 121-3, alinéa 3, que les fonctions, les missions, les compétences, les moyens de l'auteur du défaut de précaution *auraient dû lui permettre de connaître l'existence d'un risque incertain de dommages irréversibles*. Dans cette perspective, il pourrait être exigé de certains professionnels un degré de diligence dans la recherche des risques de dommages irréversibles, même incertains, c'est-à-dire un investissement dans la recherche scientifique. La faute d'imprudence s'analyserait alors comme le fait de ne pas avoir recherché le risque incertain, et partant, de ne pas avoir adopté des mesures de précaution. Pratiquement, *il appartiendrait alors au professionnel de démontrer que, en l'état des connaissances scientifiques et des moyens dont il disposait, il ne pouvait pas connaître l'existence du risque incertain de dommages irréversibles.*

2) L'interprétation de la faute d'imprudence grave

23. Faute délibérée et caractérisée. – Lorsque le comportement a causé indirectement un dommage à l'environnement ou à la vie et l'intégrité physique, la responsabilité des personnes physiques est, en application de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, soumise à la démonstration d'une imprudence grave, c'est-à-dire une faute délibérée ou caractérisée.

669 Damien ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, n° 2, p. 251-256.

a) Faute délibérée

24. Définition. – La faute délibérée est définie comme la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. De là, deux limitations à l'influence du principe de précaution.

25. Élément matériel. – En ce qui concerne l'élément matériel de l'imprudence d'abord, le défaut de précaution n'est punissable que s'il correspond strictement à la violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire légale ou règlementaire. L'hypothèse vise donc l'existence d'un ensemble de normes destinées à prévenir un risque incertain de dommages irréversibles à l'environnement et qui manifestent l'action de l'autorité publique pour se conformer au principe de précaution. Dès lors, celui qui ne respecte pas ces prescriptions préventives commet assurément une faute.

26. Élément moral. – Au regard de l'élément moral ensuite, seule l'action délibérée est punissable, ce qui suppose que l'agent ait eu conscience de l'existence de la réglementation, et partant de son objet : la prévention du risque. Mais cette conscience du risque incertain de dommage irréversible est en réalité présumée lorsque l'auteur est un *professionnel* qui ne doit pas trouver dans son incompétence le soutien de son irresponsabilité.

b) Faute caractérisée

27. Définition. – La faute caractérisée est définie comme celle qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur « ne pouvait ignorer » (C. pén., art. 121-3 al. 4).

28. Élément matériel. – En ce qui concerne l'élément matériel, le défaut de précaution doit être grave, sans cependant constituer la violation d'une obligation légale ou règlementaire. La gravité peut résulter d'un manquement à des obligations professionnelles ou dans l'accumulation d'imprudences ou de négligences successives[670] ; elle peut être impliquée par l'intensité du risque incertain

[670] Lyon, 28 juin 2001, D. 2001, IR 2562. Cass. crim., 10 déc. 2002, Bull. crim., n° 223.

(irréversibilité du dommage) et par la valeur fondamentale (vie, environnement) qu'il met éventuellement en danger. Toutefois, il est jugé que l'extrême gravité du dommage et ses conséquences ne sont pas de nature à qualifier *a posteriori* la gravité de la faute[671].

29. Élément moral. – C'est alors l'élément moral qui qualifie la faute, car il implique une conscience du risque puisque le texte vise un risque que « l'auteur ne pouvait ignorer ». Cette exigence est cependant minimisée par une partie de la doctrine qui estime que les termes « ne pouvaient ignorer » « peuvent être compris comme signifiant qu'au regard du contexte il n'est pas vraisemblable que la personne n'avait pas personnellement conscience d'un tel risque, ce qui évite de devoir systématiquement démontrer de façon manifeste que la personne le connaissait effectivement »[672]. De là, il peut être posé *une présomption de conscience du risque par le professionnel* qui ne peut pas ignorer, par exemple, que la violation de certaines obligations professionnelles de prudence expose nécessairement autrui à un risque.

30. Preuve par implication. – Cette preuve par implication de l'élément matériel se retrouve dans la jurisprudence. Ainsi, selon la Cour de cassation, une cour d'appel ne peut sans se contredire, « constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un *risque* d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses, et relaxer celui-ci, au motif qu'il pouvait ignorer le *risque* découlant de ce manquement »[673]; en conséquence, l'arrêt est cassé pour défaut de base légale.

31. Présomption fragile. – Il a cependant été observé que cette présomption est fragilisée lorsque l'on raisonne sur un *risque incertain ou hypothétique*; il convient alors de démontrer que l'agent avait réellement connaissance du risque hypothétique pour l'homme ou l'environnement. C'est ce qui résulte de décisions de juges du fond dans deux affaires.

---

671 Poitiers, 2 févr. 2001, JCP 2001.II. 10534, note Salvage.

672 Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, n° 498-2.

673 Cass. crim., 11 févr. 2003, Bull. crim., n° 28.

32. Hormones de croissance. – Dans l'affaire des hormones de croissance ayant provoqué la maladie de Creutzfeldt-Jakob, les juges ont relaxé les prévenus poursuivis pour infraction d'imprudence au motif que ces derniers avaient considéré comme « négligeable » le risque présenté par le produit[674]. La décision s'appuie sur l'état limité des connaissances scientifiques concernant la maladie à l'époque et la confidentialité des travaux sur la question. Elle conclut que *les prévenus ignoraient (légitimement) le risque de contamination en accordant que peu de valeur aux alertes apparues dès 1979*. Des éléments extérieurs ont primé sur la qualité de décideurs spécialisés des prévenus. Dans le même domaine, une seconde décision, concluant également à la relaxe, observe « qu'il ne saurait être reproché au prévenu de ne pas avoir eu l'intuition d'un risque de contamination qu'aucun professionnel évoluant dans ce secteur d'activité n'avait perçu à l'époque »[675].

33. Amiante. – Très récemment, dans l'affaire de l'amiante, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris annule une mise en examen pour homicide et blessures involontaires subis par des travailleurs et leurs proches du fait de l'exposition à l'amiante dans une usine[676]. Elle estime qu'il n'existe pas d'indices graves ou concordants de commission d'une faute entretenant un lien de causalité avec les maladies provoquées. D'un côté, elle juge « qu'en l'état des connaissances médicales de l'époque et du contexte international avant 1995, l'absence de décision interdisant l'amiante n'est pas un indice grave ou concordant d'une faute d'imprudence ou de négligence ». D'un autre côté, il ne peut être soutenu que les hauts fonctionnaires de la direction du travail « ne pouvaient ignorer » le danger d'une telle exposition, *dès lors qu'il n'était pas scientifiquement démontré.*

34. Irresponsabilité des décideurs. – De ces décisions il résulte que *l'incertitude scientifique exclut la conscience d'exposer autrui à un risque.* Le principe de précaution ne semble donc pas pouvoir fonder une faute caractérisée, et par conséquent, la responsabilité de décideurs publics ou privés a indirectement, par leur inertie, contribué à la réalisation d'un dommage à l'homme ou à l'environnement.

674 TGI Paris, 31 ch. Corr., 14 janv. 2009, D. 2009, 1459.
675 Paris, pôle 2, ch. Corr. 8, 5 mai 2011, JCP G, 2011 n° 37, 965.
676 Paris, 17 mai 2013, Dalloz actualité, 4 juin 2013.

35. Arrêt de cassation. – Il pourrait cependant en être autrement au regard de deux décisions de la Cour de cassation du 10 décembre 2013 qui, dans la même affaire, n'excluent pas la responsabilité pénale pour imprudence. Dans un premier arrêt de cassation, la Cour sanctionne la décision d'annulation de la chambre d'instruction motivée par l'absence d'indices graves et concordants de faute d'imprudence en constatant au contraire deux faits permettant de qualifier de tels indices. D'une part, l'usage contrôlé de l'amiante a été maintenu « bien que l'amiante ait été classé comme étant agent cancérogène pour l'homme par le centre international de recherche sur le cancer depuis 1977 et qu'en 1982 la conférence de Montréal ait indiqué que les valeurs limites d'exposition ne protégeaient pas du risque de cancer ». D'autre part, « la France s'est opposée en 1986 à la proposition d'interdire l'amiante faite par l'Agence américaine de protection de l'environnement puis, en 1991, au projet de directive de la commission européenne tendant à l'initiative de l'Allemagne, à une interdiction globale ».

36. Arrêt de rejet. – Dans un second arrêt de rejet, la Cour de cassation approuve la motivation de la chambre d'instruction écartant la demande d'annulation de mise en examen en ce qu'elle permet de caractériser la réunion d'indices graves ou concordants d'une faute pénale. L'arrêt des juges du fond retient ainsi que la nocivité de l'amiante était connue depuis le début du vingtième siècle, justifiant les inscriptions successives en 1945, 1950 et 1976, des différentes maladies liées à son exposition aux tableaux des maladies professionnelles et la mise en place de politiques de prévention en application du décret du 17 août 1977 puis de la décision d'une interdiction totale du produit en 1996; que les juges ajoutent que le rapport d'enquête de la direction régionale du travail de 1996 fait état, dans l'usine de Thiant, d'installations poussiéreuses, de dispositifs de protection incomplets ou inadéquats, ce constat étant corroboré par les témoignages des salariés; qu'ils en déduisent que les risques résultant d'une exposition prolongée à l'amiante étaient connus des dirigeants de la société Eternit qui n'ont pas pris toutes les dispositions pour empêcher les inconvénients liés à cette exposition, laquelle a engendré des maladies professionnelles et des décès.

37. Risque connu et incertain. – Peut-on apercevoir dans ces décisions l'avènement d'une faute de précaution au regard d'un risque incertain de dommage irréversible pour l'homme? Il peut

d'abord être observé que la Cour de cassation pointe l'argumentation relative à la connaissance du risque. Le premier arrêt relève que l'amiante avait été classé agent cancérogène par des instances internationales; le second, que les risques résultant d'une exposition prolongée à l'amiante étaient connus des dirigeants. Mais cette connaissance portait-elle sur un risque certain ou incertain? Si l'on considère que les études scientifiques permettaient d'établir une certitude du risque au moment de la prise de décision, la faute d'imprudence est caractérisée en ce que les décideurs publics et privés n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter la réalisation de ce risque – et ainsi le dommage : c'est *une faute de prévention*. Si l'on estime qu'il existait au moment des faits une incertitude scientifique, la faute d'imprudence pourrait résulter de l'absence de mesure de précaution au regard de la seule connaissance d'un risque certes hypothétique, mais grave à raison de l'irréversibilité du dommage pour la santé des personnes : c'est *la faute de précaution*.

38. Critères de la faute de précaution. – Il conviendrait de distinguer si l'incertitude scientifique permet ou non de mesurer l'existence du risque.

1/Lorsqu'il n'existe *aucune étude scientifique* permettant de connaître l'existence du risque, la conscience d'exposer autrui à un risque ne peut naturellement être établie. Le débat peut certes se déplacer vers l'appréciation des diligences dans la recherche du risque, mais la constatation éventuelle de cette faute ne confère pas à l'agent la conscience du risque. Il n'y a pas de faute caractérisée concevable.

2/Lorsqu'il existe des études scientifiques évoquant le *risque*, mais le qualifiant (par erreur) de *négligeable*, ses conséquences étant notamment mal identifiées, voire minimisées (de bonne foi), l'auteur du défaut de précaution ne peut avoir eu conscience d'un risque d'exposer autrui à un risque « d'une particulière gravité », celui-ci étant scientifiquement négligeable.

3/Lorsqu'il existe des *études scientifiques contradictoires*, le risque, certes incertain, reste prévisible. Il peut alors être soutenu que celui qui, en connaissance de cette contradiction, prend le risque d'une mise sur le marché d'un produit nocif est alors conscient d'exposer autrui à un risque possible de dommage irréversible. Il commet une faute caractérisée exposant autrui à un risque qu'il ne pouvait ignorer, étant

observé que l'article 121-3 ne qualifie pas le risque, qui peut donc englober le risque incertain de dommage.

39. Conclusion. – Les obstacles à la répression d'un défaut de précaution au regard d'un risque incertain qui s'est concrétisé en dommage sont nombreux. L'incertitude du risque peut impliquer une incertitude du lien de causalité, ce qui est incompatible avec les qualifications des articles 226-1 et 222-19 du Code pénal; l'incertitude du risque affecte ensuite l'élément moral des imprudences conscientes, donc graves, qui suppose de relever que l'agent avait conscience d'exposer autrui à un risque.

II. L'infraction de précaution en tant qu'imprudence non dommageable

40. Infraction obstacle et délit de mise en danger. – Le droit pénal convient de sanctionner des atteintes potentielles à un intérêt en fixant le seuil de la répression en amont du dommage. De manière spécifique, certaines infractions sanctionnent des comportements dangereux afin de faire obstacle à la réalisation de dommage à l'homme ou l'environnement : il s'agit *des infractions obstacles de précaution* dont le droit de l'environnement donne quelques exemples (C. env., art. L. 563-3 sanctionnant l'exploitation d'OGM sans agrément). De manière plus générale, des infractions de droit commun, dites formelles, peuvent appréhender le risque. Ce pourrait être le cas de l'empoisonnement (C. pén., 225-1) si on admettait que le crime vise non seulement l'administration de substances certainement mortifères, mais également des substances à risques mortifères; l'affaire du sang contaminé a cependant démontré que la Cour de cassation entendait maintenir le crime dans une logique de mort et non une logique de risque en jugeant qu'il suppose l'intention de donner la mort[677]. Seul, en définitive, le délit de risque causé à autrui pourrait manifester une obligation générale de précaution pénalement sanctionnée.

A. Le délit de risques causés à autrui dans le droit positif

[677] Cass. crim., 18 juin 2003, Bull. crim., n° 127; D. 2004, 1620 note D. Rebut; D. 2005, 195, note Alain Prothais; JCP 2003.II., 10121, note Michèle-Laure RASSAT, Adde, Valérie MALABAT et Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », Dr. pén. 2004, chron. 2

41. **Texte.** – Selon l'article 223-1 du Code pénal, « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

42. **Infraction générale de prévention des atteintes à l'environnement?** – Le délit de risques causés à autrui est présenté par les spécialistes du droit de l'environnement comme la sanction pénale du principe de précaution, et partant comme une infraction générale de prévention contre les atteintes à l'environnement[678]. Cette approche doit cependant être nuancée au regard des éléments constitutifs particulièrement restrictifs de l'infraction qui tiennent à l'existence d'une obligation préalable, à la nature du risque, et au lien entre la violation et le risque.

1) La nature restrictive de l'obligation préalable

43. **Obligation légale ou règlementaire particulière de sécurité et de prudence.** – Le délit de risques causé à autrui ne sanctionne le défaut de précaution qu'en ce qu'il se matérialise par la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement.

44. **Loi et règlement.** – L'obligation doit d'abord prendre sa source dans la loi ou le règlement, au sens constitutionnel du terme, ce qui s'entend des actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel. Ce n'est pas le cas d'un arrêté préfectoral déclarant un immeuble insalubre et imposant au propriétaire des travaux de mise en conformité[679]. Toutefois, un arrêté préfectoral donnant une autorisation d'exploitation d'une installation classée, bien qu'il soit un acte administratif individuel, présente le caractère d'un règlement parce qu'il reproduit et adapte des

678 Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6e éd., Dalloz, 2011, n° 1243; Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 3e éd., Thémis, 2011, n° 583.

679 Cass. crim., 10 mai 2000, Bull. crim., n° 183.

dispositions issues d'un décret ou de tout autre acte administratif règlementaire[680]. Le contenu prime la nature de l'acte.

45. Obligation particulière. – L'obligation doit ensuite être particulière, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas renvoyer des règles générales de conduite, comme des règles professionnelles ou déontologiques[681]. Un arrêté préfectoral, qui porte autorisation d'exploitation d'un établissement classé et contenant des règles particulières spécifiques s'ajoutant à la réglementation en vigueur, constitue un règlement général et impersonnel contenant une obligation particulière au sens de l'article 223-1[682]. Dans une des affaires de l'amiante, la Cour de cassation juge que les articles R. 232-10 et suivants du Code du travail caractérisent l'obligation particulière de sécurité prévue par la loi ou le règlement, dès lors qu'en vue d'assurer la sécurité des travailleurs, ils imposent, dans les emplacements affectés au travail, d'une part, des mesures de protection collectives assurant la pureté de l'air nécessaire à la santé des travailleurs tenant à des modalités particulières de nettoyage, à l'installation de système de ventilation ou d'appareils clos pour certaines opérations, d'autre part, dans le cas où l'exécution de ces mesures serait reconnue impossible, des appareils de protection individuelle appropriés mis à la disposition des travailleurs[683].

46. Absence d'obligation générale de précaution. – En application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale claire et précise (C. pén., art. 111-4), le délit de risques causés à autrui ne consacre pas une obligation générale de précaution des risques. Il a ainsi été jugé que le jet de détritus sur la chaussée avant le passage d'un véhicule[684] ou le défaut de mesures du maire et du préfet de police de Paris pour pallier les effets de la pollution atmosphérique[685] ne sont pas constitutifs du délit de mise en danger dès lors que cette action et cette omission ne constituent pas la violation d'une

680 Rodolphe MÉSA, « Droit pénal et risques inhérents à l'exploitation des installations classées pour la protection de l'environnement », La démonstration résulte de trois arrêts : Cass. crim., 30 octobre 2007, Bull. crim., n° 261; D. 2008, Pan. 2390, obs. Trébulle; D. 2009, Pan. 128, obs. Mirabail; R.S.C. 2008, p. 75, obs. Mayaud; A.J. Pénal 2008, p. 91, obs. Lavric. - Cass. crim., 21 septembre 2010; Droit de l'environnement, décembre 2010, p. 399, concl. M. Robert, p.403, note Mésa. - Cass. crim., 5 avril 2011, pourvoi n° 09-83277.

681 Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.067.

682 Cass. crim., 5 avril 2011, n° 09-83.277.

683 Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-81302

684 Bordeaux, 15 mai 1997, JCP 1998.IV. 1647.

685 Cass. crim, 25 juin 1996, Bull. crim., n° 274; Dr. pén. 1996, 265, obs. Véron.

obligation particulière de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Plus particulièrement dans cette dernière affaire, il est jugé que l'article L. 2212-2 5° du Code général des collectivités territoriales qui confie au maire le soin de prévenir, et de faire cesser tous les événements survenant sur le territoire de sa commune, et de nature à compromettre la sécurité des personnes, n'est pas une obligation générale et n'entre pas dans les prévisions de l'article 223-1 du Code pénal. De là, il résulte qu'une obligation générale de précaution, même prévue par la loi ou le règlement, ne permet pas de qualifier l'infraction.

2) La nature restrictive du risque

47. Risque. – L'infraction de prévention vise ensuite « autrui », en tant que bien juridique protégé, et ainsi la vie humaine et l'intégrité physique. Cette précision est essentielle en ce qu'elle réduit le champ d'application du délit aux risques causés à l'homme, *ce qui exclut les risques causés à l'environnement qui sont le fondement du principe de précaution* (C. env. art. L. 110-1).

48. Risque concret et avéré. – Au surplus, le seuil de la consommation est fixé par l'existence *d'un risque de mort ou de dommage corporel grave.* Ce risque peut paraître abstraitement *impliqué* par la nature de l'obligation violée, qui vise la sécurité ou la prudence.

Mais la jurisprudence semble au contraire exiger un risque concret et avéré, ainsi que le démontre un arrêt du 4 octobre 2005. Dans cette affaire, la société Total, exploitante d'une raffinerie, installation classée autorisée par arrêté préfectoral, s'était vu reprocher une pollution de l'air, supérieure au seuil d'alerte de la population, et avait été poursuivie du chef de mise en danger d'autrui, puis relaxée.

La Cour de cassation rejette le moyen pris de la violation de l'article 223-1 du Code pénal estimant que, « pour relaxer les prévenus du chef de mise en danger d'autrui, l'arrêt retient, notamment, qu'il n'est produit aucune expertise scientifique au soutien de l'action publique, et, que, en revanche, une étude réalisée à la demande d'un professeur de toxicologie conclut à l'absence d'impact mesurable de l'incident sur la population », et précisant que « le délit prévu par l'article 223-1 du Code pénal n'est constitué que si le manquement défini par cet article a été la cause directe et immédiate d'un risque de mort ou de blessures graves auquel autrui a été exposé »[686].

[686] Cass. crim., 4 oct. 2005, RJE 2006, n° 4, note Jaworski.

49. Risque concret pour des victimes potentielles. – En revanche, la contamination de l'eau, de l'air, du sol et des végétaux par de fortes concentrations de plomb et de cadmium, à la suite de la violation d'une obligation règlementaire par une usine de recyclage de batterie, caractérise un risque pour la population dès lors que ces substances favorisent le cancer du rein et que plusieurs habitants, en particulier des enfants, présentaient des taux importants de plomb dans le sang[687]. Par conséquent, le délit exige un risque concret pour une victime potentielle.

50. Risque incertain pour une victime indéterminée. – Au contraire, la prise en considération du principe de précaution suppose de fonder la norme d'incrimination sur un *risque incertain visant une victime indéterminée* en admettant de sanctionner pénalement celui qui n'adopte pas de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque hypothétique de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable, voire plus largement à prévenir un risque hypothétique de dommages graves et irréversibles à l'homme.

3) La nature restrictive du lien entre le risque et la violation

51. Risque immédiat et direct. – Enfin, il convient de préciser que le délit vise le fait d'exposer *directement* autrui à un risque *immédiat*, ce dont il se déduit que le danger doit être certain[688]. C'est dire que la violation de l'obligation doit être *causale* selon *deux critères complémentaires.*

52. Risque direct. – D'une part, la causalité doit être *directe*, c'est-à-dire *certaine*, sans toutefois être exclusive[689]. Il est ainsi jugé que l'émission aérienne de plomb et de cadmium est causale du risque, dès lors qu'elle a eu lieu à proximité d'un village et qu'elle favorise le cancer du rein[690]. Mais

---

687 Cass. crim., 30 oct. 2007, n° 06-89.365, Métal Blanc et Cass. crim., 21 sept. 2010, 09-86.258 (pourvoi rejeté contre l'arrêt de renvoi).

688 COUR DE CASSATION, *La prévention des conduites à risques par le droit pénal*, Rapport annuel 2011, Paris, Cour de cassation, 2011.

689 Cass. crim., 30 oct. 2007, n° 07-81.855; Bull. crim., n° 246

690 Cass. crim., 30 oct. 2007, n° 07-81.855; Bull. crim., n° 246

la causalité devient indirecte lorsque, dans l'enchaînement successif des faits, le risque ne peut se réaliser sans un autre événement : il n'est plus direct, parce qu'incertain. Le surdosage de médicament réalisé par un infirmier n'expose autrui à un risque qu'en l'absence de traitement; la causalité est alors indirecte[691].

53. Risque immédiat. – La causalité doit ensuite être *immédiate*. C'est dire que le risque doit apparaître consécutivement à la violation de l'obligation dans un temps proche, ce qui est finalement une autre manière d'affirmer la certitude du risque. De là, et contrairement à l'affirmation de la doctrine environnementaliste relevée ci-dessus, l'infraction ne peut apparaître comme la sanction pénale du principe de précaution qui vise un risque incertain.

B. Le délit de risques causés à autrui dans le droit prospectif

54. Domaine du risque. – À titre préalable, et sans modifier la nature du risque pénalement qualifiée (risque certain), il serait possible d'envisager non seulement le risque grave pour l'homme (vie ou mutilation), mais également le *risque grave pour l'environnement.* L'article 223-1 viserait alors « le fait d'exposer directement autrui ou l'environnement à un risque immédiat de dommages irréversibles » (ce qui inclut la mort ou la mutilation permanente). Cette prise en considération du risque pour l'environnement est d'ailleurs présente dans l'article L. 218-19 du Code de l'environnement qui évoque, comme condition de la responsabilité des auteurs indirect d'une pollution maritime, « la faute caractérisée qui exposait l'environnement à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

55. Nature du risque. – Au-delà de cet élargissement des valeurs protégées par l'incrimination, la création d'une infraction de précaution fondée sur le risque hypothétique peut être discutée au regard du principe de la légalité criminelle qui implique la nécessité et la prévisibilité de la norme pénale.

---

691 Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 09-81.037; Ph. CONTE et Jean-Christophe SAINT-PAU, « Droit pénal spécial », RPDP 2010, n° 1, p. 139-148.

56. Nécessité. – C'est en premier lieu la nécessité de l'incrimination qui pourrait être opposée. Cette exigence est fondée sur l'article 5 DDHC qui précise que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Or, il pourrait être soutenu qu'une infraction de précaution d'un risque scientifiquement incertain ne *sanctionne pas une action nuisible à la société.* Certes, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas directement la nécessité des incriminations, estimant qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur[692]. Mais il accepte de contrôler la proportionnalité entre les objectifs de valeur constitutionnelle : « Considérant qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables; que, ce faisant, il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés »[693].

57. Prévisibilité. – C'est en second lieu la prévisibilité de l'incrimination qui pourrait souffrir de la prise en considération d'un risque hypothétique. Cette exigence est fondée sur l'article 7 CESDH qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne, impose une qualité de la norme pénale : elle doit être claire et précise afin d'être prévisible. « Il en va ainsi lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente, et au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité »[694]. De manière encore plus nette, excluant même la précision par l'interprétation, le Conseil constitutionnel précise que « le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, imposent au législateur d'adopter des mesures suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »[695].

---

692 Cons. Const. 19 et 20 janvier 1981, *sécurité et liberté*.
693 Cons. Const., 5 février 2010 - Décision N° 2010-604 DC.
694 Par ex. : CEDH, 30 mars 2004, Radio France / France.
695 Cons. Const. 29 juill. 2004, déc. N° 2004-500 DC, § 13.

58. Critère de la légalité. – De cette exigence de précision et de clarté, il résulte qu'un texte d'incrimination qui viserait la violation d'une obligation de précaution destinée à juguler un risque incertain ne serait pas conforme à la Constitution ni à la Convention européenne des droits de l'Homme. Il conviendrait de préciser *le degré d'incertitude et la nature des précautions* exigées pour que le texte présente une prévisibilité suffisante. La question reste cependant en suspens. Une proposition de loi présentée à la commission des lois au Sénat, visant l'élargissement de l'article 223-1 à toute faute caractérisée, a été rejetée le 11 janvier 2012[696], tout en admettant que la question mérite une réflexion juridique ambitieuse, si bien qu'une motion tendant au renvoi de la proposition de loi en commission fut adoptée.

59. Élément moral. – Une autre direction pourrait être envisagée, relative à l'élément moral du délit[697]. Actuellement, l'article 223-1 du Code pénal est envisagé comme l'illustration (unique) de l'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal qui vise la faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui comprise par le législateur comme une faute intermédiaire entre la faute intentionnelle et non intentionnelle. Pour être punissable, l'agent doit avoir simplement délibérément violé l'obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement; « il n'est donc pas nécessaire d'établir la conscience du risque par le prévenu »[698]; il suffit que les juges du fond relèvent le caractère manifestement délibéré de la violation, dans des circonstances de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui[699].

60. Intention d'un risque. – En abandonnant l'exigence préalable d'une telle obligation, il pourrait être exigé, au titre de l'élément moral, une *intention d'exposer autrui à un risque* qui serait caractérisée par la connaissance du risque particulier auquel autrui est exposé et par la volonté de persévérer malgré tout dans sa conduite. Une version intentionnelle du délit supposerait des peines plus

696 Voir le rapport n° 246 de F. Zochetto.

697 François ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales à l'aune des scandales sanitaires », *Droit pénal*, 2013, n° 5, étude n° 11, p. 7-12.

698 Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, préc., note 33

699 Cass. crim., 9 mars 1999, n° 98-82.269.

sévères, ainsi que l'ont suggéré des parlementaires si le délit devait s'appliquer à des scandales sanitaires.

61. Proposition de texte. – Au vu de ce qui précède, l'article 223-1 pourrait être rédigé dans les termes suivants : « Le fait d'exposer autrui ou l'environnement à un risque de dommage irréversible est puni de 45 000 euros d'amende et de trois ans d'emprisonnement ». L'infraction reposerait alors objectivement sur le constat de *l'irréversibilité* du dommage éventuel causé à l'homme ou à l'environnement et subjectivement sur *l'intention* de la prise de risque.

2. ANGLETERRE

LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE : RAPPORT SUR LE DROIT ANGLAIS

Simon Taylor
Université Paris Diderot

I. Questionnaire

1) Le principe de précaution est-il reconnu dans votre droit interne ? Quels sont ses sources et son contenu ?

1. Le principe de précaution n'est pas reconnu par le droit interne anglais[700]. Les juges semblent réticents à évoquer le rôle potentiel du principe de précaution, et lorsque la question est soulevée, c'est surtout pour souligner les limites de son potentiel à mettre en question les décisions administratives[701]. Il est identifié plutôt comme un objectif de nature politique[702] et l'interprétation faite par le gouvernement du principe semble lui donner une portée relativement limitée[703].

[700] Ainsi, dans l'arrêt *R v Sec of State for Trade and Industry ex p. Duddridge,* 1994, [1995] En LR 151, la Cour a jugé que l'application du principe de précaution selon l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est restreinte à l'interprétation de la législation de l'Union européenne. Il n'est pas applicable au droit interne. Pour les juges, le principe de précaution ne fonctionne pas de manière indépendante et n'exige pas que le gouvernement agisse de manière à respecter ce principe.

[701] Voir, par exemple, R v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs [2001] EWHC Admin. 1011 ; R v Derbyshire County Council, ex parte Murray [2001] Env LR 26 ; R v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Duddridge [1995] Env LR 151. Voir également, J. Holder & Maria Lee, Environmental protection, law and policy, Cambridge University Press, 2007, pp. 29-31.

[702] Voir, par exemple le rapport du gouvernement britannique, *This common inheritance*, cm 1200, 1990.

[703] Ainsi, la version du principe envisagée dans le rapport gouvernemental de 1990, *This common inheritance* conditionne le principe de précaution à une analyse coût-bénéfice : les mesures de précaution ne devraient être prises que lorsque les avantages de prendre de telles mesures prévalent sur les coûts.

2. Sur l'ensemble, même si l'évaluation des risques constitue inévitablement un élément central dans la régulation de l'action publique, le principe de précaution en lui-même est souvent perçu comme trop vague pour être d'une quelconque utilité pratique. Ainsi, la Commission de la chambre des communes sur la science et la santé a constaté dans un rapport de 2006 qu'à cause de la confusion qui entoure l'application du principe, il a été « dévalué et il est de peu d'utilité pratique »[704]. La commission de la Chambre des Lords sur les affaires économiques partage le même point de vue, observant que le principe de précaution est « mal-défini et ambigu », et qu'il peut mener à l'adoption d'une attitude excessivement timorée face au risque[705]. Dans d'autres domaines, l'application du principe de précaution a été critiquée comme un frein excessif à l'innovation[706].

3. Même si le droit anglais ne fait pas spécifiquement référence au principe de précaution, on peut en trouver des exemples d'application pratique. Ainsi, l'article 92 de la *Water Resources Act* 1991 attribue au ministre de l'environnement le droit d'adopter par décret des règlements pour prendre des mesures de précaution contre la pollution de l'eau[707].

2) Existe-t-il en droit de la responsabilité civile ?

4. Le droit anglais ne reconnaît pas spécifiquement le principe de précaution en matière de responsabilité civile.

---

[704] *Scientific advice, risk and evidence based policy making*, 7e rapport de la session 2005-6, HC 900-1, pp.82-83.
[705] House of Lords Select Committee on Economic Affairs, *Government policy on the management of risk*, 5e rapport, session 2005-6, vol. 1, p.25
[706] Voir, par exemple, House of Commons Science and Technology Committee, 5e rapport : *Advanced genetic techniques for crop improvement : regulation, risk and precaution*, HC 328, 5e rapport de la session 2014-15, fév. 2015, conclusions et récommandations, para. 27 et s.
[707] Exemple fourni par S. Bell, D. McGillivray, O. Pederson, *Environmental law*, Oxford University Press, 8e éd. 2013, p.74.

3) Si oui, le principe de précaution a-t-il déjà influencé les conditions de la responsabilité civile (faute/dommage/lien de causalité) ? A-t-il une place réparatrice ou préventive dans le contentieux (pour sanctionner la réalisation d'un dommage ou pour le prévenir) ?

4) Quelle place votre droit de la responsabilité civile offre-t-il à l'incertitude scientifique ?

5. La place laissée à l'incertitude scientifique en droit de la responsabilité civile anglaise est en principe très réduite. L'incertitude scientifique quant au rôle du fait reproché dans le préjudice subi par la victime suffira en principe pour écarter la responsabilité civile du défendeur.

6. J'analyserai la place de l'incertitude scientifique relative à la preuve du lien causal, avant d'évoquer ses relations avec la responsabilité pour faute et enfin la question de la réparation du préjudice d'anxiété. Avant d'aborder cette question, il sera nécessaire pour le lecteur de se référer à la réponse à la question 6 pour comprendre les différents fondements de responsabilité applicables en droit anglais.

a. L'incertitude scientifique et la causalité

7. Sans la preuve scientifique de l'existence d'un risque avéré, c'est-à-dire que le lien causal entre le phénomène ou l'activité en question et le dommage est connu, la preuve juridique de ce lien ne pourra pas être établie[708]. En l'absence de preuve scientifique, la présence de faits tels qu'une proximité temporelle entre le fait reproché et le dommage et l'absence d'autres causes apparentes ne suffiront pas pour établir un lien de causalité.[709] Le droit anglais n'admet pas la preuve du lien causal fondé sur un

[708] Pour des exemples de rejet du lien causal dans le domaine de la responsabilité médicale à cause d'incertitude scientifique, voir, par exemple, *Kay's Tutor v Ayrshire and Arran Health Board* [1987] 2 All ER 417; *Loveday v Renton* [1990] 1 Med LR 117. Voir L. Khoury, *Uncertain causation in medical liability*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p.49.

[709] *Kay's Tutor v Ayshire and Arran Health Board* [1987] 2 All ER 417 ; *Dingley v Chief Constable of Strathclyde Police*, 2000, SC (HL) 77, (2000) 55 BMLR 1, HL (preuve insuffisante du lien causal possible entre un accident corporel et la sclérose en plaques. Puisque cette preuve n'avait pas été apportée par le demandeur, ce dernier était dans l'impossibilité d'établir le lien entre son accident et sa maladie). Voir également *Loveday v Renton* [1990] 1

« faisceau d'indices » en l'absence de la preuve scientifique de l'existence d'un lien entre ce type de fait et ce type de dommage. Bien entendu, le doute scientifique est intégré dans le processus de preuve scientifique par le biais du recours aux études statistiques et épistémologiques.

8. Lara Khoury observe qu'il est nécessaire de faire une distinction entre les cas d'incertitude scientifique et ceux de « controverse scientifique »[710]. Lorsqu'il existe un désaccord au sein de la communauté scientifique sur l'existence éventuelle d'un lien causal en général entre tel type de fait et tel dommage, le juge doit décider laquelle des différentes théories présentées est à préférer. Pour cela, le juge s'appuiera sur divers critères d'analyse, tels que le degré de soutien attribué par la communauté scientifique à chaque théorie et l'étendue des études effectuées. Ce faisant, le juge s'appuie sur les rapports et les témoignages des experts présentés par les deux parties[711].

i) De la causalité scientifique à la causalité juridique

9. La causalité scientifique est une pré-condition de la causalité juridique mais ne suffit pas pour établir cette dernière. Le droit anglais divise la notion de causalité juridique en deux. Le juge demande d'abord si le dommage serait arrivé sans le fait en question (la causalité *in fact*, *sine qua non*)[712]. Le fait sera considéré comme la cause *in fact* s'il est une condition nécessaire au dommage. Une fois la causalité *in fact* établie, le juge passe à la deuxième condition : il décide si le type de dommage est une conséquence raisonnablement prévisible du fait en question, la notion de *remoteness of damage* (appelée également « *causation in law* »).

-La preuve du lien causal (*causation in fact*)

Med. LR 117, (le demandeur a échoué à établir le lien entre un vaccin et des lésions cérébrales, malgré la « possibilité » du lien).

[710] L. Khoury, *Uncertain causation*, p.47.

[711] M. Wilde, Civil liability for environmental damage:a comparative analysis of law and policy in Europe and the United States, Kluwer, 2002, p.76.

[712] Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 QB 428.

10. Le droit anglais permet un peu plus de flexibilité relative à l'incertitude scientifique une fois que le lien entre le type de fait en question et le type de dommage comme proposition générale est prouvé scientifiquement.

Tout d'abord, puisque le demandeur doit établir qu'il est plus probable que non que le fait du défendeur ait causé le dommage subi, il s'agit de démontrer la probabilité, et non pas la certitude du lien causal. L'incertitude est donc admise au sein de la charge de la preuve de la causalité.

De plus, dans une situation où il existe une multitude de causes éventuelles du dommage subi par la victime, le demandeur réussira à engager la responsabilité du défendeur dans certaines circonstances, même en l'absence des critères traditionnels de causalité. Ainsi, lorsqu'il existe différentes sources éventuelles du dommage[713], il suffira d'établir que le fait du défendeur ait contribué de manière matérielle à causer le dommage, sans que le demandeur soit obligé de démontrer qu'il en constitue une cause *sine qua non*[714].

11. Le droit anglais permet également à la victime, dans les circonstances très restreintes, d'établir le lien causal entre l'acte ou l'omission et le dommage sur la base de la création du risque du dommage subi.[715] Cette technique a été jusqu'à présent appliquée principalement dans les cas de la maladie de mésothéliome survenue suite à une série d'expositions à l'amiante, venant de plusieurs sources[716]. Il est probable que les juges soient réticents à l'élargir, et la doctrine est divisée quant à son application au-delà des recours visant la réparation de cette maladie.[717]

- Remoteness of damage (causation in law)

---

[713] par exemple, des différentes sources de poussière de silicone ayant contribué ensemble à causer le pneumoconiose subi par la victime.

[714] Bonnington Castings Ltd v Wardlaw [1956] AC 613.

[715] McGhee v National Coal Board [1973] 1 WLR 1 ; Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2003] 1 AC 32; Barker v Corus [2006] UKHL 20 ; [2006] 2 AC 572; Sienkiewicz v Grief (UK) Ltd. [2011] UKSC 10, [2011] 2 AC 229.

[716] Mais voir *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 WLR 1 relatif au développement d'une dermatite du fait d'une exposition à la poussière de charbon.

[717] Voy. W. Peel, J. Goudkamp, *Winfield & Jolowicz Tort*, 19e éd., Sweet & Maxwell, 2014, n°7-021 pour une interprétation restrictive. Voy. M. Jones, « Causation in tort : general principles » in *Clerk & Lindsell on torts*, Sweet & Maxwell, 2014, n°2-70 pour une interprétation plus extensive.

12. Pour engager la responsabilité civile du preneur du risque pour les *torts* de *negligence*, *private nuisance* et pour le délit de *public nuisance*, le demandeur doit toujours démontrer que le type de dommage qui en découle était une conséquence raisonnablement prévisible de l'acte ou omission reproché au moment de cet acte/omission[718], même s'il s'agissait d'un risque très peu probable[719]. Ainsi, dans *The Wagon Mound No.1*[720], la jetée appartenant à la victime a été brûlée suite à un incendie déclenché par le défendeur qui avait négligemment versé du carburant dans l'eau du port. Selon l'état des connaissances scientifiques de l'époque, un incendie ne pouvait se déclencher dans de telles circonstances, le dommage en fait subi était donc imprévisible, et la responsabilité du défendeur n'a pas été engagée. A l'inverse, dans *The Wagon Mound No. 2*[721], puisque de nouvelles expertises établissaient que la science admettait l'existence du risque à l'époque des faits, le dommage subi pouvait être considéré comme prévisible, même s'il ne survenait que dans des cas très rares. Les juges semblent exiger l'existence d'un risque scientifiquement connu. Cependant, l'écart entre le risque scientifiquement connu mais rare, et le risque reconnu par la communauté scientifique comme plausible mais non avéré est potentiellement très étroit.

b. L'incertitude scientifique et la faute

13. Une application du principe de précaution en responsabilité civile devrait signifier que la responsabilité du preneur de risques pourrait être engagée lorsque ce dernier n'a pas pris les mesures qui auraient empêché la survenance d'un risque qui, au moment de cette survenance, n'était pas établi scientifiquement. Or, pour établir la faute dans le *tort* de *negligence*, il faut démontrer que le défendeur n'a pas adopté le niveau de diligence qu'on attendrait d'une personne raisonnable dans les mêmes

[718] Overseas Tankships (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Co. Ltd., « The Wagon Mound » [1961] AC 388.
[719] *The Wagon Mound (No. 2)* [1967] 1 AC 617. Ainsi, lorsque le dommage est jugé prévisible, le degré de probabilité de sa survenance n'a pas d'importance, du moment où le risque n'était pas tout à fait fantaisiste (« *far fetched* ») : *The Heron II* [1969] 1 AC 350, 422 selon Lord Upjohn.
[720] Overseas Tankships (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Co. Ltd., « The Wagon Mound » [1961] AC 388
[721] The Wagon Mound (No. 2) [1967] 1 AC 617.

circonstances[722]. On attendrait d'une personne avisée qu'elle prenne des mesures raisonnables pour éviter les risques qui sont connus et raisonnablement prévisibles au moment des faits. La question de savoir si une personne n'a pas pris les mesures qu'on devrait pouvoir attendre dépendra ainsi du niveau du risque et de la gravité du dommage qui pourrait en découler[723], du coût des mesures de prévention, du niveau de difficulté qu'impose la mise en place de ces mesures[724]. Ainsi, le fait que les chances qu'un risque connu se réalise soient minimes ne signifie pas nécessairement qu'on n'attendrait pas de l'homme raisonnable qu'il prenne des mesures contre un tel risque, si ces mesures sont faciles à prendre et peu coûteuses par rapport à la gravité du dommage qui risque d'en découler si les mesures ne sont pas prises.[725] Toutefois, l'utilité sociale de l'activité sera prise en compte. Ainsi, si certaines mesures ou précautions auraient pour effet de réduire le risque mais en même temps empêchent ou nuisent au déroulement d'une activité utile pour la société, le juge pourrait être amené à considérer qu'on n'attendrait pas d'une personne raisonnable qu'elle prenne ces mesures[726]. Cette règle est spécifiquement confirmée désormais par l'article 1 de la *Compensation Act* 2006.

14. Puisque, comme nous l'avons vu, le droit anglais exige que le type de dommage subi soit une conséquence prévisible du fait générateur, une obligation de vigilance devrait également être conditionnée à l'existence d'un risque reconnu scientifiquement.

15. Pour d'autres *torts*, la faute joue un rôle moins central. Ainsi, pour le *tort* de *private nuisance* et le délit de *public nuisance* (voir la réponse à la question 6), le juge se demandera si l'activité constitue une utilisation déraisonnable du terrain. Le fait pour le créateur du risque ou l'occupant du

---

[722] *Blyth v Birmingham Waterworks* (1856) 11 Ex. 781 ; *Glasgow Corporation v Muir* [1943] AC 448 ; M. Jones, *Clerk & Lindsell on Torts*, 21e éd., Sweet & Maxwell, 2014, n°8-143.

[723] Selon Lord Dunedin dans *Fardon v Harcourt-Rivington* (1932) 146 LT 391, 392, « Une personne doit prendre des mesures contre les risques qui sont raisonnablement probables, mais elle n'est pas obligée d'agir contre les possibilités fantaisistes ». Dans le célèbre arrêt *Bolton v Stone* [1951] AC 850, la demande de la victime, blessée par une balle de cricket, a été déboutée. La faute du propriétaire du terrain de cricket n'a pas été établie compte tenu du risque minime sur les faits qu'une personne se tenant à l'extérieur du terrain serait blessée de cette manière. La balle avait été tirée au-delà du terrain seulement six fois dans les trente dernières années.

[724] Bolton v Stone, ibid.

[725] Dans ce sens, *Clerk & Lindsell*, n°8-161.

[726] *Tomlinson v Congleton BC* [2003] UKHL 47 ; [2004] 1 AC 46.

terrain de prendre toutes les mesures possibles afin d'empêcher un risque n'écartera pas sa responsabilité s'il s'agit d'une utilisation déraisonnable. Cependant, comme nous l'avons vu, le type de dommage subi doit avoir été prévisible au moment de sa survenance[727].

c. L'incertitude scientifique : le préjudice d'anxiété

16. Le droit anglais ne reconnaît pas le préjudice d'anxiété du fait du risque d'un dommage futur. Ainsi, dans l'arrêt *Rothwell v Chemical and Insulating Co. Ltd*[728] les demandeurs avaient engagé une action contre leurs employeurs en réparation de leur anxiété produite par leur peur de développer un cancer suite à la respiration des flocons d'amiante pendant leur travail. La présence sur les poumons des demandeurs de plaques pleurales, asymptomatiques, témoignait de l'exposition à l'amiante. Les demandes ont pourtant été déboutées par la Chambre des Lords (désormais la Cour Suprême) : ni les plaques pleurales ni l'anxiété causée par la peur d'un cancer futur potentiel, indépendante de tout dommage corporel, ne constituent un dommage indemnisable. Selon le même arrêt, cette règle de refus d'indemnisation pour l'anxiété, fondée sur l'absence de devoir de diligence (*duty of care*) envers les victimes pour ce type de mal, s'étend aux victimes qui subiraient une maladie psychologique médicalement reconnue en conséquence de l'anxiété dans des circonstances similaires[729].

5) Existe-t-il aussi des actions destinées à la prévention des dommages ? En dehors ou dans le droit de la responsabilité civile ? Quelles sont leurs conditions ? Offrent-elles une place au principe de précaution ou à l'incertitude scientifique ? Pourraient-elles offrir une place en effectuant certaines réformes ?

[727] La notion de « *remoteness of damage* », infra.

[728] Rothwell v Chemical & Insulating Co Ltd; Grieves v FT Everard & Sons Ltd; Johnston v NEI International Combustion Ltd; Topping v Benchtown Ltd (formerly Jones Bros Preston Ltd) [2007] UKHL 39; [2008] 1 AC 281 ; [2007] 3 WLR 876.

[729] Pour une analyse de cette question, voir M. Jones, « Liability for fear of future disease » 2008 PN 13.

17. Lorsque la responsabilité civile du défendeur est établie, le juge peut ordonner la cessation de l'activité (*injunction*). Cet ordre est plus couramment utilisé dans le *tort* de *nuisance*, mais en principe il n'existe pas d'obstacle à son utilisation dans toute circonstance où la responsabilité civile du défendeur est engagée.

18. Le recours à la cessation de l'activité n'est cependant pas systématique. Le juge peut décider d'ordonner le versement de dommages-intérêts à la victime au lieu d'une injonction. Le caractère mineur du dommage, le fait que le préjudice puisse être réparé de manière adéquate par une indemnisation financière, et la présence de circonstances signifiant qu'une cessation d'activité est excessivement sévère sont parmi les éléments qui pourraient pousser le juge à écarter l'injonction en faveur d'une indemnisation pécuniaire.[730] Une autorisation administrative pourrait constituer un élément favorisant l'attribution de dommages-intérêts à la place de la cessation de l'activité[731].

19. Dans le tort de *private nuisance*, la victime du trouble bénéficie également d'un droit d'entrer sur le terrain du créateur du trouble afin de l'empêcher (*right of abatement*).[732] Le même droit existe en *public nuisance* lorsque la victime peut démontrer qu'elle a subi un trouble plus important que celui subi par le public en général.[733]

20. Le risque d'un dommage futur ne constitue pas de préjudice indemnisable dans le *tort de negligence*. Par contre, dans le *tort* de *private nuisance*, la peur d'un préjudice futur bien fondée (il est plus probable que non que l'activité aura pour conséquence le dommage escompté), qui nuit en conséquence à la jouissance du terrain du demandeur[734], peut constituer le fondement d'une action. Par exemple, dans *Birmingham Development Co. v Tyler*[735], un immeuble qui juxtaposait le terrain du

[730] *Shelfer v City of London* [1895] 1 Ch.287. Voy. La discussion récente des critères proposes par *Shelfer* dans l'arrêt de la Cour Suprême, *Coventry v Lawrence* [2014] UKSC 13, [2014] 2 WLR 433.
[731] *Coventry v Lawrence* [2014] UKSC 13, [2014] 2 WLR 433. Voy. Sur ce point, B. Pontin, "Private nuisance in the balance: Coventry v Lawrence (no.1) and (no.2)", *Journal of Environmental Law*, 2015, 119-137.
[732] *Jones v Williams* (1843) 11 M&W, 176 ; *Raikes v Townsend* (1804) 2 Smith 9.
[733] *Dimes v Petley* (1850) 15 QB 276.
[734] Attorney-General v. Corporation of Nottingham [1904] 1 Ch 673.
[735] *Birmingham Development Company v Tyler* [2008] EWCA civ. 859, [2008] BLR 445, selon Rimer LJ.

demandeur était dans un état de délabrement grave. La Cour d'appel a considéré qu'une telle situation pouvait engager la responsabilité du propriétaire ou de l'occupant dans le *tort* de *private nuisance*, à condition que le danger d'effondrement sur le terrain du demandeur soit réel (plus probable que non) et que la peur du dommage futur soit ainsi bien fondée[736]. Un *quia timet injunction* permet d'empêcher une activité qui risque de causer un dommage futur. Ce type de mesure est rarement utilisé[737]. Il est ordonné seulement lorsque la probabilité de dommage est très élevée[738], ce dommage est imminent[739], et si le dommage se produit, il sera significatif et difficile à remédier.

21. A noter que, en dehors du domaine de la responsabilité civile, certains troubles seront sanctionnés par des mesures préventives selon les dispositions de la loi sur la protection de l'environnement de 1990[740]. Ainsi, lorsqu'une municipalité est satisfaite qu'un trouble sanctionné par la loi existe ou qu'il est probable qu'un tel trouble aura lieu, la municipalité peut ordonner la cessation de l'activité (*abatement notice*), et la prise des mesures nécessaires pour assurer cette cessation.[741] Si l'ordre de cessation n'est pas respecté, la municipalité peut imposer une amende sur le créateur du trouble, le propriétaire ou l'occupant des lieux. Un particulier lésé par un trouble peut également porter plainte devant la *Magistrates Court*.[742] La loi prévoit en outre des mesures préventives contre la pollution causée par certains processus prescrits par la loi, pour lesquels une autorisation est nécessaire. Ainsi, l'autorité administrative compétente peut prohiber certaines activités lorsqu'elles impliquent un risque imminent de pollution grave.[743] Il s'agit de mesures de prévention contre les risques connus et imminents, plutôt que des mesures de précaution contre les risques éventuels. Bien évidemment, la

[736] Paras 52-55, per Rimer LJ.
[737] *Clerk & Lindsell*, 21e éd., n°29-20 ; Bell et al, *Environmental law*, S. Bell, D. McGillivray, O. Pederson, *Environmental law*, OUP 2013, p.379.
[738] Cowper v Laidler [1903] 2 Ch. 337 ; AG v Manchester Corporation [1895] AC 154 ; London Borough of Islington v Elliott and Morris [2012] EWCA civ. 56.
[739] Lemos v Kennedy Leigh Development Co Ltd (1961) 105 SJ 178.
[740] *Environmental Protection Act* 1990. Par exemple, la loi sanctionne les émissions de fumée, de gaz et d'autres substances qui sont nuisibles à la santé.
[741] Article 80, Environmental Protection Act 1990.
[742] Ibid., art. 82.
[743] Environmental Protection Act 1990, article 14.

réglementation de la protection de l'environnement par des mécanismes d'autorisation permet de prévenir en amont les risques.

6) Existe-t-il une théorie équivalente à la théorie française du trouble de voisinage? Comment appréhende-t-elle l'incertitude scientifique ?

22. Le droit anglais propose plusieurs fondements possibles pour la prise en compte des troubles anormaux de voisinage : le *tort* de *private nuisance*, qui englobe le régime de responsabilité introduit par l'arrêt *Rylands v Fletcher*, le *tort* de *negligence*, le *tort* de *trespass to land* et enfin le délit de *public nuisance*. Alors que les trois premiers fondements relèvent de la responsabilité délictuelle, le dernier relève principalement de la responsabilité pénale, mais peut également fonder une action en responsabilité délictuelle par le demandeur dans des circonstances précises. Rien n'empêche le demandeur de fonder son action sur deux, voire plusieurs de ces régimes de responsabilité.

1/ Private nuisance

23. C'est le *tort* de *private nuisance*[744] qui se rapproche le plus du régime français de la responsabilité pour les troubles anormaux de voisinage. Puisqu'il s'agit d'un *tort* visant à sanctionner les troubles qui nuisent à la jouissance d'un terrain plutôt qu'à l'intégrité physique de l'occupant, le *tort* de *private nuisance* ne permet pas l'indemnisation du préjudice corporel subi par le demandeur.

24. Selon le *tort* de *private nuisance*, la responsabilité délictuelle du défendeur est engagée en conséquence d'un fait ou d'une omission qui constitue un trouble anormal et qui endommage ou interfère avec l'utilisation ou la jouissance du terrain du demandeur. Le demandeur doit bénéficier d'un droit de propriété ou d'occupation (c'est-à-dire un droit réel) sur le terrain qui subit le trouble[745], que ce

[744] Pour une analyse approfondie, voy. A. Beever, *The law of private nuisance*, Oxford : Hart Publishing, 2013 ; J. Murphy, *The law of nuisance*, Oxford University Press, 2010.
[745] Hunter v Canary Wharf Ltd. [1997] AC 655.

soit en tant que propriétaire, locataire[746] ou bénéficiaire d'une servitude. Ainsi, l'enfant de celui qui bénéficie du droit d'occupation, ou son partenaire non marié qui n'aurait pas acquis de droit d'occupation, ne peut pas bénéficier de la créance de réparation[747]. Il n'est pas nécessaire, par contre, que le défendeur soit le bénéficiaire d'un tel droit sur un terrain[748].

25. La notion de *nuisance* englobe une variété de phénomènes différents. Elle inclut tout d'abord l'empiétement sur le terrain d'autrui[749], et le fait d'endommager le terrain avoisinant ou les immeubles, les constructions ou les plantes qui s'y trouvent. Elle comprend enfin les actes ou les omissions qui nuisent à la jouissance du terrain du voisin : les bruits[750], les odeurs[751], les pollutions et les fumées[752].

26. L'existence d'une responsabilité civile dépendra de multiples considérations, et il faudra mettre en balance les intérêts des différentes parties impliquées[753]. Le niveau du trouble doit être suffisamment élevé pour constituer une nuisance sanctionnée en droit. Il s'agit de décider ainsi si le trouble est déraisonnable (« anormal »). Le juge prendra en compte toutes les circonstances : la période et le lieu de la nuisance, si le trouble est intentionnel, les effets du trouble, s'il est permanent ou occasionnel, et l'utilité pour le collectif des actes du créateur du trouble[754].

---

[746] *Jones v Chappell* (1875) L.R. 20 Eq. 539 (locataire à la semaine).
[747] Hunter v Canary Wharf Ltd. [1997] AC 655.
[748] Church of Jesus Christ of Latter Day Saints v Price [2004] EWHC 3245. J. Murphy, The law of nuisance, Oxford University Press, 2010, p.8.
[749] *Fay v Prentice* (1845) 1 C.B. 828 (une corniche qui se projette sur le terrain du voisin, impliquant que l'eau de pluie tombe sur le terrain de ce dernier) ; *Butler v Standard Telephones and Cables Ltd.* [1940] 1 K.B. 399 (les racines poussent sous le terrain du voisin). Exemples cités par M. Jones, « Nuisance and *Rylands v Fletcher* », in M. Jones (dir.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londres, Sweet & Maxwell, 21e éd., 2014, n°20-8.
[750] *Inchbald v Robinson* (1969) L.R. 4 Ch. 388 (un cirque) ; *Vanderpant v Mayfair Hotel Co*. [1930] 1 Ch. 138 (cuisine d'un hôtel). Voy. M. Jones, « Nuisance and Rylands v Fletcher », n°20-9.
[751] *Adams v Ursell* [1913] 1 Ch. 269 (l'odeur de poissons frits) ; *Bainbridge v Chertsey Urban DC* (1915) 84 L.J. Ch. 626 (l'odeur d'effluent).
[752] *Crump v Lambert* (1867) L.R. 3 Eq. 409 ; *St. Helens Smelting Co. v Tipping* (1865) 11 H.L.C. 642.
[753] Voir M. Jones, "Nuisance & Rylands v Fletcher", n°20-01.
[754] W. Peel & J. Goudkamp, *Winfield & Jolowicz Tort*, 19e éd., Sweet & Maxwell, 2014, p.452.

27. Le *tort* de *private nuisance* s'applique aux troubles de nature continue. Par contraste, « la règle de *Rylands v Fletcher*[755]», souvent considérée comme une sous-catégorie de ce *tort*[756], recouvre un cas spécifique de dommage accidentel qui se produit de façon instantanée. Il s'agit du dommage causé par une chose qualifiée d'exceptionnellement dangereuse lorsque celle-ci est apportée sur un terrain, et qu'elle s'en échappe pour infliger un dommage au terrain voisin.

28. La règle de *Rylands v Fletcher* a été appliquée à une variété de dommages du fait, par exemple d'une fuite de gaz[757], du pétrole[758] et au stockage de produits chimiques qui ont causé une explosion[759]. La règle intègre certains éléments d'une responsabilité sans faute. Ainsi, le créateur du trouble ne pourra pas écarter sa responsabilité en s'appuyant sur l'absence de faute dans sa manière de stocker la chose dangereuse. Cependant, il existe une limite importante à la portée de la règle : le défendeur doit avoir fait un usage « non-naturel » de sa terre. Les juges décident que la fuite de l'eau ou du gaz ayant pour source une utilisation domestique, ne constitue pas un « usage non-naturel »[760]. L'utilisation « non-naturelle » doit être « extraordinaire et inhabituelle »[761]. Comme pour les autres *torts*, l'occupant ne sera pas tenu responsable si le type de dommage survenu n'était pas, au moment de l'accident, une conséquence prévisible de celui-ci.[762]

2/ Trespass to land

---

[755] (1868) LR 3.

[756] Dans ce sens, Read v Lyons & Co. Ltd [1947] AC 156, Lord Simonds ; Cambridge Water Co. Ltd v Eastern Counties Leather plc [1994] 2 AC 264, Lord Goff ; Transco plc v Stockport Metropolitan Borough Council [2004] 2 AC 1, Lord Bingham. Pour le point de vue opposé, voyant Rylands v Fletcher comme un tort indépendant, voy. J. Murphy, « The merits of Rylands v Fletcher » (2004) 24 OJLS 643 ; D. Nolan, « The distinctiveness of Rylands v Fletcher » (2005) 121 LQR 421.

[757] *Goodbody v Poplar BC* (1915) 84 LJKB 1230.

[758] Mulholland and Tedd Ltd v Baker [1939] 3 All ER 253.

[759] Rainham Chemical Works Ltd v Belvedere Fish Guano Co Ltd [1921] 2 AC 465.

[760] Transco v Stockport NBC [2003] UKHL 61

[761] Ibid., per Lord Bingham.

[762] Cambridge Water plc v Eastern Counties Leather plc [1994] 2 AC 264.

29. Une intrusion illicite sur le terrain d'autrui constitue un *trespass to land*. Ainsi, la construction d'un immeuble qui dépasse, même de manière minimale, la frontière du terrain voisin engage la responsabilité civile de celui qui commet l'intrusion[763]. Par contraste avec les autres régimes de responsabilité potentiellement applicables, l'intrusion en elle-même suffit pour engager la responsabilité. Il n'est pas nécessaire de démontrer un dommage.

3/ Negligence

30. Lorsque la victime cherche à faire réparer son préjudice corporel, elle devra s'appuyer soit sur le *tort* de *negligence*, soit sur le délit de *public nuisance*.

31. Au lieu de protéger, comme le fait le *tort* de *private nuisance*, le droit à la jouissance d'un terrain, le *tort* de *negligence* vise à protéger l'intégrité corporelle et les biens de la victime. Ainsi, alors que le *tort* de *nuisance* exige du demandeur un droit d'occupation sur le terrain affecté, et l'existence d'un trouble qui nuit à l'utilisation de son terrain, il n'est pas nécessaire pour le *tort* de *negligence* de démontrer un droit quelconque d'occupation. Par contre, la victime doit nécessairement établir l'existence d'un dommage physique plutôt qu'un simple désagrément. Ce *tort* est en conséquence moins utilisé que celui de *private nuisance* lorsqu'il s'agit de troubles de voisinage[764].

32. Le demandeur pourra engager une action pour *negligence* lorsque les conditions de la responsabilité pour ce *tort* sont réunies : l'existence d'un devoir de diligence de la part du propriétaire ou de l'occupant de l'immeuble et/ou du créateur du trouble envers la victime du trouble, d'une faute d'un de ces premiers, et d'un lien causal entre cette faute et le dommage subi par le demandeur. Nous avons déjà constaté que le droit anglais n'impose pas de devoir de diligence pour le préjudice d'anxiété.

[763] *Holmes v Wilson* (1839) 10 A & E 503.
[764] Voy. S. Bell, D. McGillivray, O. Pederson, *Environmental law*, OUP 2013, p.371.

4/ Public Nuisance

33. Un *public nuisance* est un délit, et relève principalement de la responsabilité pénale. Il s'agit d'un acte ou d'une omission qui nuit matériellement au confort et à la convenance du public. Il peut s'agir, par exemple, du fait de laisser en ruine un immeuble en bordure d'une route, ou de polluer les environs par des émissions. De nombreux cas de *public nuisance* sont aujourd'hui sanctionnés spécifiquement par la loi[765]. L'action sera généralement menée par le parquet. Toutefois, lorsqu'un individu démontre qu'il a subi un préjudice particulier, au-delà de l'incommodité générale, il peut fonder une action en responsabilité délictuelle en *public nuisance*.

34. Par contraste avec le tort de *private nuisance*, il n'est pas nécessaire d'établir un droit de propriété ou l'occupation d'un terrain affecté pour fonder une action en *public nuisance*. Ainsi, dans *Tate & Lyle Industries Ltd v GLC*[766], les terminaux de ferry construits par le défendeur sur la Tamise ont provoqué un évasement qui a empêché l'accès des bateaux au débarcadère du demandeur. Par conséquent, le demandeur a été obligé de faire des dépenses élevées pour dégager les dépôts de sable. Sa demande en *private nuisance* a été rejetée car le débarcadère lui-même n'était pas affecté, et le demandeur n'avait pas de droit de propriété sur le fond de la rivière. Toutefois, l'évasement a nui au droit public de navigation dont bénéficient le demandeur ainsi que tous les utilisateurs du fleuve. Les dépenses qu'a dû engager le demandeur, qui représentaient un préjudice au-delà de celui subi par la collectivité, permettaient de fonder une demande en responsabilité civile. Le *tort* de *public nuisance* permet l'indemnisation du préjudice corporel. Ainsi, dans *Corby Group Litigation v Corby BC*[767], une action de groupe a été amenée par des victimes d'anomalies congénitales suite à la dispersion par une aciérie de matériaux contaminés. Le tribunal a admis que les faits constituaient un *public nuisance* et que les demandeurs pouvaient engager la responsabilité du défendeur sur ce fondement.

La question de la place de l'incertitude scientifique dans ces divers *torts* est traitée au point n°3.

---

[765] Voy., par exemple, la *Environmental Protection Act* 1990 Part III, la *Clean Air Act* 1993, la *Noise Act* 1996.
[766] [1983] 2 AC 509.
[767] Corby Group Litigation v Corby Borough Council [2009] Env LR 2.

7) Le juge civil peut-il imposer des mesures de remise en état ? de prévention ? Quelles sont ces mesures ? A quelles conditions ?

35. La forme la plus couramment appliquée de l'*injunction* est la *prohibitory injunction*, qui vise à faire cesser des actes illicites plutôt que d'imposer au défendeur des actions de remédiation. Toutefois, le *mandatory injunction*, plus rare, peut imposer des mesures de remédiation et de remise en état. Pour cela, la victime doit démontrer qu'elle a déjà subi un dommage en conséquence du fait du défendeur, et une très grande probabilité qu'elle subira un dommage très grave à l'avenir si le juge n'intervient pas. Les dommages-intérêts ne doivent pas représenter une réparation suffisante, et l'application de l'*injunction* ne doit pas imposer de coûts jugés excessifs pour le responsable.[768]

36. Lorsque des dommages-intérêts sont alloués au demandeur, le coût de la remise en état du terrain par ce dernier peut être pris en compte dans le calcul du montant du préjudice.La responsabilité civile ne prévoit pas de mesures pour prévenir des dommages futurs en dehors du cas, très rare, des *quia timet injunctions* (voir n°5 *supra*).

8) Quelle est la place de l'autorisation administrative dans votre droit ? Est-elle un fait justificatif ou une cause exonératoire ?

37. L'autorisation administrative, telle que l'autorisation à construire, ne constitue pas de cause exonératoire. Toutefois, le respect des conditions imposées par l'autorisation sera un élément significatif dans l'évaluation du comportement du défendeur pour le *tort* de *negligence*, et lorsque l'autorisation impose des conditions détaillées d'exploitation, ces conditions pourraient être des éléments à prendre en compte dans l'évaluation de la « raisonnabilité » de l'activité pour le *tort* de *nuisance*.[769] En outre, l'autorisation administrative sera pertinente à la décision de la Cour d'ordonner une cessation de l'activité ou de choisir d'y substituer une indemnisation pécuniaire. L'autorisation administrative peut

[768] Morris v Redland Bricks Ltd [1970] AC 652.
[769] *Coventry v Lawrence*, [2014] UKSC 13 ; [2014] AC 822. Pour une analyse de cet arrêt, voy. N. Westaway, « Coventry v Lawrence : nuisance redefined », *Environmental Law Review*, 2014, 211 ; M. Lee, « Private nuisance in the Supreme Court : Coventry v Lawrence », *Journal of Planning and Environmental Law*, 2014, 705.

appuyer fortement l'argument que l'activité est d'intérêt public, et ainsi encourager le juge à refuser une injonction en faveur des dommages-intérêts.[770]

38. Dès qu'un opérateur agit dans le cadre d'une autorité d'origine législative (*statutory authority*) qui impose une obligation ou un pouvoir d'entreprendre l'activité plutôt qu'une simple autorisation à le faire, la loi imposant cette obligation peut, selon son libellé, faire bénéficier l'opérateur d'une immunité de poursuite lorsqu'il se conforme aux conditions de cette autorisation, et que les dommages causés sont les conséquences inévitables de cette exploitation.[771] En revanche, si le trouble dont se plaint le demandeur n'est pas la conséquence inévitable de l'activité autorisée, le législateur ne doit pas être considéré comme ayant autorisé ce trouble[772].

9) L'illicéité est-elle une condition de la cessation des dommages?

39. Afin d'obtenir du juge un ordre de cessation de l'activité, le demandeur devra établir les faits générateurs de responsabilité. Ainsi, pour le *tort* de *negligence*, la faute est une pré-condition de la responsabilité. Par contraste, pour obtenir la cessation de l'activité dans le *tort* de *private nuisance*, il suffit de démontrer que l'activité correspond à une utilisation déraisonnable du terrain, ce qui exige de mettre en balance les divers intérêts des parties impliquées. Le type de dommage subi doit avoir été prévisible. Pour le délit de *public nuisance*, « une personne est coupable d'une *public nuisance* … si elle commet un acte non autorisé par la loi, ou si elle omet de se conformer à un devoir imposé par le droit », et en conséquence cause un trouble anormal[773].

---

[770] *Coventry v Lawrence*, para. 125, Lord Neuberger.
[771] Transco plc v Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61; Allen v Gulf Oil Refining Ltd [1981] AC 1001 (HL); National Telephone Co. v Baker [1893] 2 Ch. 186; A. Beever, The law of private nuisance, Oxford: Hart, 2013, p. 137 et s.; Clerk & Lindsell 2010, para. 20-173, p.1366.
[772] Beever, *The law of private nuisance*, p.141. Murphy explique que les juges font une distinction entre l'autorité législative qui impose une obligation sur l'opérateur d'agir, donnant une immunité de poursuites, et une autorisation qui ne fait que permettre à l'opérateur d'agir, ne créant pas d'immunité, J. Murphy, *The law of nuisance*, Oxford University Press, 2010, p.100
[773] Archbold : criminal pleading, evidence and practice, London, Sweet & Maxwell, 2014, para. 31-40 ; Clerk & Lindsell, para. 20-03.

10) Quelle est la place des associations (notamment de protection de l'environnement) devant le juge judiciaire ? Ont-elles le droit d'agir pour demander réparation et cessation des préjudices causés aux intérêts collectifs ?

40. Les associations n'ont pas de droit d'agir devant le juge pour ce type de préjudice. Lorsqu'il s'agit de la protection des intérêts collectifs, l'*Attorney General*[774] ou une municipalité peut demander une *injunction* sur le fondement du délit de *public nuisance*. Il arrive cependant que des associations financent des actions d'individuels lésés[775].

41. La procédure civile permet à des victimes de mener une action de groupe (*group action*) devant les tribunaux[776]. L'autorisation du juge est nécessaire. Un *Group Litigation Order* permet la gestion commune des actions qui soulèvent des questions communes de fait ou de droit. Les règles de procédure civile (*civil procedure rules*) prévoient désormais également la possibilité pour une personne d'être représentée dans sa demande en justice par une autre personne ayant « un même intérêt relatif à la demande »[777] (*representative action*). Dans les deux cas, la décision du tribunal lie toutes les personnes représentées[778]. Les intérêts collectifs liés à l'environnement seront plutôt défendus par le biais de la législation sur la protection de l'environnement.

II. Analyse du cas pratique

A. Introduction

[774] Le principal conseiller juridique au gouvernement.
[775] L'association *FishLegal*, association de pêche à la ligne finance ainsi des actions de propriétaires de droits riverains. Voy. www.fishlegal.net. M. Lee observe cependant que de tels exemples sont plutôt rares.
[776] Civil procedure rules, r.19.10.
[777] Civil procedure rules, r.19.6.
[778] Civil procedure rules, r.19.12(1)(a) (*Group Litigation Orders*), r.19.6(4)(a) (*Representative actions*).

42. On observe un contraste entre la France et l'Angleterre en ce qui concerne la place du droit de la responsabilité civile dans les contestations contre l'installation et l'opération d'antennes relais. On trouve, certes, en droit anglais de nombreux jugements des tribunaux et de la Cour d'appel relatifs aux actions en révision d'une décision administrative[779] concernant l'autorisation à construire des antennes relais[780]. Dans ces cas, l'incertitude qui entoure les conséquences pour la santé des antennes relais ne justifie pas l'application du principe de précaution et l'annulation de l'autorisation administrative. La compatibilité des antennes avec les normes établies par la ICNIRP[781] et par les autorités britanniques suffit à écarter les contestations de l'autorisation fondée sur les risques éventuels pour la santé.

43. Ce contentieux relativement fourni concernant les demandes de révision en droit administratif contraste avec une absence de décisions de justice portant sur la responsabilité civile du fait des conséquences éventuellement néfastes pour la santé des antennes relais[782]. Les rares exemples d'actions en responsabilité du fait des ondes électromagnétiques illustrent les difficultés auxquelles doit faire face le demandeur pour prouver le lien causal et le dommage[783]. Il y a également peu de réflexion

---

[779] « judicial review » en anglais.

[780] Cox v Secretary of State for Communities and Local Government [2010] EWHC 104 ; Harris v First Secretary of State and Others [2007] EWHC 1847 ; T-Mobile (UK) Ltd v First Secretary of State and Others [2004] EWCA 1763 ; Phillips v First Secretary of State and Others [2003] EWHC 2415 ; Trevett v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions [2002] EWHC 2696 (Admin) ; T-Mobile (UK) Ltd v First Secretary of State [2004] EWCA civ. 1763. R v Tandridge District Council and others, ex p. Al Fayed [1999] 1 PLR 104. Voy. également sur cette question, J. Zander, The application of the precautionary principle in practice. Comparative dimensions, Cambridge University Press, 2010, pp.295-297 ; E. Vos, M. Everson, Uncertain risk regulated, pp.180-181.

[781] International Commission on non-ionizing radiation protection.

[782] Sur la base d'une recherche sur les bases de données *Westlaw UK* et *bailii.org*. M. Wilde cite l'exemple d'une décision d'un tribunal de la République d'Irlande, *Szabo v Esat Digifon Ltd*, 5 fév. 1998, non publié, où des habitants ont saisi le juge pour demander une injonction *quia timet* visant à empêcher l'installation d'une antenne-relais par peur des conséquences nuisibles à la santé. Leur action a été déboutée par le juge, faute de preuve de la forte probabilité d'un dommage futur, M. Wilde, *Civil liability for environmental damage : a comparative analysis of law and policy in Europe and the United States*, Kluwer Law International, 2002, p.99.

[783] *Davis v Balfour Kilpatrick Ltd* [2002] EWCA 736 (les ouvriers travaillant sur un transmetteur d'ondes radio n'étaient pas exposés à un risque prévisible de maladie dû aux ondes. Les demandeurs n'ont également pas pu établir la preuve d'un lien causal entre les ondes et leurs maladies) ; *Network Rail Infrastructure Ltd v Morris* [2004]

doctrinale sur la question de la responsabilité liée aux antennes relais[784], ce qui contraste avec une production conséquente en France.

44. En conséquence, avant d'analyser le cas pratique, il est intéressant de réfléchir brièvement sur les explications pour ce manque Outre manche.

45. Nous pouvons trouver certaines explications dans les différences entre les deux systèmes juridiques. Le coût des actions en justice est plus élevé en Angleterre[785], l'aide juridique n'est pas proposée pour ce type de demande[786], et il est peu probable qu'un avocat soit prêt à accepter de représenter son client dans ce type de cas sur une base de renonciation des honoraires et de frais en cas de perte de l'action compte tenu de la probabilité d'échec[787]. Les associations de protection de l'environnement n'ont pas le droit d'agir en matière de responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique pur et un demandeur doit établir un droit réel sur le terrain lésé pour engager une action en *private nuisance*. Lorsque, malgré ces obstacles, un demandeur entame une action en responsabilité civile, il est peu probable que l'action aille jusqu'au procès. Il est en effet estimé que 98 % des actions sont résolues à l'amiable[788]. Le nombre d'arrêts prononcés annuellement par les hautes juridictions est très réduit[789] et contraste de manière frappante avec la production très conséquente des

---

EWCA 172 (le trouble subi par des studios d'enregistrement de musique par les ondes électromagnétiques émises par un circuit électrique férroviaire n'était pas prévisible). Des actions dans le *tort* de *private nuisance* engagées à la fin des années 1990 par des victimes de leucémies contre des opérateurs de lignes électriques à haute tension ont été retirées par les demandeurs faute de preuve suffisante du lien causal, voy. R. Ford, « Planning for a new telecommunications network in the UK », *Journal of Planning and Environmental Law*, 2001, 1033.

[784] Pour des exemples de rares analyses, voy. R. Ford, « Planning for a new telecommunications network in the UK », *Journal of Planning and Environmental Law*, 2001, 1033 ; M. Wilde, « Prospects for civil litigation arising from exposure to electromagnetic fields », *Environmental Liability*, 1999, 155.

[785] Voir C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, Costs and funding of civil litigation : a comparative study, Legal Research Papers Series, University of Oxford, n°55/2009 ; S. Taylor, *Medical acccident liability and redress in English and French law*, Cambridge University Press, 2015, pp.83-85.

[786] Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

[787] Conditional fee agreement ou damages based agreement.

[788] Royal Commission on civil liability and compensation for personal injury (le rapport Pearson) 1978, vol. 2, table 12.

[789] Le droit d'appel n'est pas automatique, étant soumis à l'autorisation de la Cour d'appel/ Cour Suprême.

hautes juridictions françaises[790]. L'absence de décisions de justice ne signifie pas donc forcément une absence de réclamations.

46. Au-delà des raisons éventuelles liées à l'accès à la justice, l'explication principale pour le manque de contentieux réside probablement dans l'état du droit positif : la relative clarté de la position du droit anglais sur la question de la preuve du lien causal, l'exigence de la prévisibilité du lien, et le refus de reconnaître le préjudice d'anxiété en tant que préjudice autonome. Les peurs ressenties par les membres du public auront plus de signification en amont d'une éventuelle autorisation administrative de construction d'une antenne-relais. Ainsi, on trouve des exemples de décisions de justice où le juge admet l'existence d'une opposition publique à la construction d'une antenne-relais comme motif légitime d'un refus d'autorisation à construire par une municipalité, à condition que cette décision administrative soit précédée par une mise en balance appropriée des divers intérêts en jeu.[791]

47. L'absence actuelle de contentieux sur cette question et les obstacles aux demandes ne signifient pas cependant que le droit anglais ne propose pas de notions susceptibles de fonder une action dans des circonstances appropriées.

B. La responsabilité du fait des antennes-relais

1/ Le droit d'agir en justice

48. Le droit anglais ne reconnaît pas aux associations le droit d'agir en justice en matière de responsabilité civile en l'absence d'un préjudice personnel subi par cette association[792]. Il sera toutefois

[790] En 2014, la Cour Suprême a rendu 90 jugements. (https://www.supremecourt.uk/decided-cases/2014.html). La chambre civile de la Cour d'appel a été saisie 1.142 fois en 2013 (Ministry of Justice, *Court statistics quarterly*, juin 2014, p.37).

[791] J. Zander, *The application of the precautionary principle in practice, comparative dimensions*, Cambridge University Press, 2010, pp.295-6, et les décisions citées.

[792] Evidemment, si l'association était le propriétaire du terrain lésé, ou de biens endommagés sur ce terrain, elle pourrait avoir le droit d'agir pour demander la réparation de ce préjudice. Il arrive également que certaines

possible pour les habitants de se regrouper afin de mener un action de groupe[793] ou éventuellement une action en représentation[794].

2/ Le choix du fondement de l'action

a. La cessation du trouble anormal de voisinage : l'action en private ou en public nuisance

49. Les résidents bénéficiant d'un droit réel sur un terrain affecté auront intérêt à agir sur le fondement du *tort* de *private nuisance*[795]. Les habitants pourraient soutenir que les ondes électromagnétiques et les troubles occasionnés nuisent à la jouissance de leurs terrains. Il doit s'agir d'une réelle interférence avec le confort ou la convenance selon les attentes de personnes raisonnables[796]. Le fait de souffrir de maux de têtes et d'anxiété en conséquence des ondes peut constituer une diminution significative de leur jouissance du terrain et de leur agrément.[797]

Puisque le *tort* de *private nuisance* cherche à assurer l'équilibre entre les intérêts privés et publics, il faudra également établir la nature déraisonnable/ anormale du trouble, ce qui risque d'être problématique. Le juge évaluera dans quelle mesure les émissions de l'antenne constituent une utilisation raisonnable du terrain. Pour cela, il mettra en balance les coûts de l'antenne en termes du trouble occasionné face aux bénéfices de l'antenne en terme d'avantages pour la société. Une autorisation de construire sera un élément à prendre en compte dans l'évaluation de l'anormalité de l'utilisation, sans qu'elle constitue une cause d'exonération en soi. Ainsi, le respect par l'opérateur des conditions imposées par une autorisation,

---

associations pour la défense de l'environnement soutiennent financièrement des actions d'individus lésés. Voy. note 760 supra.

[793] Civil procedure rules, r.19.10.

[794] Civil procedure rules, r.19.6.

[795] Hunter v Canary Wharf Ltd. [1997] AC 655.

[796] *Robinson v Kilvert* (1889) 41 Ch. D. 88.

[797] F. Newark, « The boundaries of nuisance » (1945) 65 LQR 480, 489 ; J. Murphy, *The law of nuisance*, Oxford University Press, 2010, p.64.

lorsque le processus décisionnel suivi par la municipalité est équitable, pourra représenter un élément en faveur du caractère raisonnable de l'utilisation[798].

b. Une demande d'indemnisation pour préjudice corporel / anxiété

50. Le *tort* de *private nuisance* ne permet pas l'indemnisation du préjudice corporel[799]. Ainsi, si les habitants cherchent spécifiquement à se faire indemniser pour leur maux de têtes et pour leur anxiété, ils devront fonder leur recours sur le *tort* de *negligence*, ou, éventuellement, sur une action en *public nuisance*[800].

i. Le tort de negligence

51. Plusieurs obstacles se présentent aux habitants relatifs à une éventuelle demande pour préjudice corporel et anxiété basée sur le *tort* de *negligence*.

Le droit anglais ne reconnaît pas le préjudice de l'anxiété en tant que tel[801]. Par contre, si un habitant réussit à démontrer qu'il a subi un dommage corporel en conséquence de l'émission des ondes électromagnétiques, l'anxiété ressentie liée à la peur de conséquences supplémentaires de ce dommage physique est réparable. Il faudrait ainsi que les maux de têtes constituent un dommage réparable. Les habitants devront donc établir, par le biais d'expertises médicales, la nature et le degré de gravité de leurs maux de têtes.[802]

---

[798] *Coventry v Lawrence* [2014] UKSC 13, [2014] AC 822 (SC) ; N. Westerway, « Coventry v Lawrence : nuisance redefined », 2014, *Environmental law review*, 211.

[799] *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1996] 1 All ER 482 ; [1997] AC 655.

[800] Corby Group Litigation v Corby Borough Council [2009] Env LR 2.

[801] Dans le tort de negligence, le défendeur n'est pas redevable d'un devoir de diligence pour ce type de préjudice : Rothwell v Chemical & Insulating Co Ltd; Grieves v FT Everard & Sons Ltd; Johnston v NEI International Combustion Ltd; Topping v Benchtown Ltd (formerly Jones Bros Preston Ltd) [2007] UKHL 39; [2008] 1 AC 281 ; [2007] 3 WLR 876.

[802] Le droit anglais n'engage pas la responsabilité du défendeur pour le dommage trivial, selon la maxime *minimis non curat lex* (*Grieves v FT Everard & Sons Ltd*, per Lord Hoffmann). Toutefois, le droit anglais ne fournit pas de définition de la notion du dommage « trivial ». En effet, comme l'observe Lord Hoffmann, « puisque en général les

52. Si les habitants réussissent à établir l'existence d'un dommage réparable, il faut également démontrer la faute de l'opérateur, c'est-à-dire que le comportement de l'opérateur n'a pas atteint le niveau qu'on devrait attendre de l'opérateur raisonnable[803]. Cela sera difficile à établir si l'opérateur a respecté les conditions d'une éventuelle autorisation à construire[804] et les standards techniques exigés. Alors que le respect des conditions d'une autorisation administrative ne constitue pas en lui-même de fait exonératoire de responsabilité, il sera inévitablement difficile d'établir la faute en l'absence de violation de ces conditions d'exploitation.

53. Une action alternative en *negligence* contre la municipalité pour avoir autorisé l'installation de l'antenne semblerait très difficile à mener. Il est en effet peu probable que l'autorité soit soumise à un devoir de diligence relatif à ses décisions d'autorisation[805]. Une action contre l'Etat pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[806], paraît également difficile à mener dans ces circonstances[807].

ii. Le public nuisance

---

personnes n'engagent pas d'actions en justice pour des préjudices triviaux, la question de ce qui constitue un dommage trivial n'a guère été posée par les tribunaux. »

[803] *Nettleship v Weston* [1971] 2 QB 691.

[804] L'obtention d'une autorisation à construire des antennes relais est seulement exigée pour certains types d'installation. Pour une synthèse des règles relatives aux autorisations pour les antennes relais dans les différents pays européens, voir GSMA, *Base station planning permission in Europe* 2014, http://www.gsma.com/publicpolicy/mobile-and-health/base-station-planning-permission-in-europe

[805] Les juges tendent à considérer que les décisions relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne sont pas justiciables, *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633.

[806] Sur le fondement de la *Human Rights Act* 1998, article 6.

[807] Pour une illustration des difficultés inhérentes à une action contre l'Etat sur le fondement de l'article 8 dans des circonstances similaires, voy. la décision de la Chambre des Lords dans *Marcic v Thames Water Utlilities Ltd* [2003] UKHL 66 ; [2004] 2 AC 42.

54. Compte tenu de la difficulté d'établir une faute pour une action en *negligence,* les habitants pourraient préférer fonder leur demande sur le *public nuisance*. Pour cela, il faudra démontrer que l'activité de l'opérateur est "illicite", c'est-à-dire une utilisation anormale/ déraisonnable du terrain, que le trouble engendré nuit au public, et que les demandeurs ont subi un préjudice au-delà de celui subi par le public en général (par exemple des maux de têtes particulièrement sévères, engendrant éventuellement d'autres problèmes de santé[808]). Le dommage subi doit avoir été prévisible au moment de l'activité[809]. L'arrêt *Corby Group Litigation v Corby BC*[810] confirme qu'une action en *public nuisance* permet de faire indemniser le préjudice corporel occasionné par le trouble.

55. Il y aurait éventuellement la possibilité d'une action fondée sur la responsabilité du fait des produits défectueux, issue de la directive de 1985[811] si la défectuosité de l'antenne peut être établie, ou, plus difficile, la défectuosité des ondes (si ces ondes peuvent être qualifiées de « produit », et l'opérateur son « producteur »).[812] Le producteur pourra alors s'exonérer s'il arrive à démontrer que le défaut de l'électricité correspond à un risque de développement.

3. La causalité

56. Les habitants devront en tous les cas démontrer que l'activité de l'opérateur constitue la cause des troubles subis. Cette preuve sera établie en démontrant la probabilité du lien (plus probable que non) entre les ondes émises par l'antenne et le dommage subi par les habitants. L'absence de preuve scientifique d'un lien causal entre les ondes transmises par des antennes relais et les maux de têtes

[808] Le droit n'est pas totalement arrêté sur la question de savoir s'il suffit, pour établir un préjudice particulier, de démontrer que le préjudice subi est le même, mais plus sévère, que les autres membres du public. L'opinion majoritaire semble en faveur de cette proposition. Voir, par exemple, Lord Denning dans *Southport Corporation v Esso Petroleum Co Ltd* [1954] 2 All ER 561, p.570 ; J. Murphy, *The law of nuisance*, p.146, mais voir K. Oliphant, « Basic questions of tort law from the perspective of England and the Commonwealth », in H. Koziol, *Basic questions of tort law from a comparative perspective*, 2015, p.387.
[809] Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Docks Engineering Co Ltd (dit «The Wagon Mound (No.1) [1961] AC 388.
[810] Corby Group Litigation v Corby Borough Council [2009] Env LR 2.
[811] Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats Membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.
[812] L'électricité est un produit pour la directive, article 2.

écartera toute responsabilité pour ce trouble[813]. Si, sur les faits, il était admis par la science que les antennes relais sont susceptibles de causer le type de trouble subi, les habitants devront ensuite prouver le lien de causalité juridique *sine qua non*, (*causation in fact*) : qu'il est plus probable que non que les ondes sont bien la cause de leurs troubles.

57. La preuve du lien causal sera difficile en cas de présence d'autres causes éventuelles. Les statistiques à partir d'études épistémologiques pourraient être utilisées pour aider à établir la preuve du lien causal[814]. Si ces études indiquent que les ondes émises par l'antenne doublent le risque de maux de têtes, cela pourrait appuyer la preuve de la probabilité du lien, mais ne devrait pas être concluant sans d'autres faisceaux d'indices dans l'espèce[815].

58. S'il n'est pas possible de démontrer qu'il est plus probable que non que les ondes issues de l'antenne-relais soient la cause *sine qua non* du dommage, les demandes des habitants seront déboutées selon une application traditionnelle des règles de preuve du lien causal.[816]

59. Toutefois, dans certaines circonstances, le droit anglais admet l'application de techniques qui permettent de palier la difficulté à prouver la probabilité du lien entre le fait générateur et le dommage. Ainsi, les habitants pourraient réussir à engager la responsabilité de l'opérateur si le juge admet que les ondes ont pu contribuer de manière conséquente au dommage, sans que leur rôle *sine qua non* soit admis, selon la technique établie par l'arrêt *Bonnington Castings*.[817] Cette technique s'applique lorsqu'il existe plusieurs causes cumulatives, et que l'état des connaissances scientifiques ne permet pas de prouver la potence relative des différentes sources. Ainsi, la technique pourrait être employée lorsqu'il est plus probable que non que les maux de têtes soient liés aux ondes venant d'antennes relais, ou d'antennes et d'autres sources d'ondes électromagnétiques, mais il est impossible d'établir le rôle

[813] Kay's Tutor v Ayshire and Arran Health Board [1987] 2 All ER 417 ; Dingley v Chief Constable of Strathclyde Police, 2000, SC (HL) 77, (2000) 55 BMLR 1, HL ; Loveday v Renton [1990] 1 Med. LR 117,
[814] *Sienkiewicz v Grief (UK) Ltd*. [2011] UKSC 10, [2011] 2 AC 229.
[815] Ibid.
[816] Wilsher v Essex Area Health Authority [1988] AC 1074.
[817] Bonnington Castings v Wardlaw [1956] AC 613.

causal *sine qua non* de l'antenne sous le contrôle de l'opérateur en question. Selon *Bonnington*, la responsabilité dans ces circonstances de tout opérateur qui contribue aux maux de têtes pourra être engagée de manière proportionnelle à sa présence sur le terrain.

Par contre, lorsqu'il existe plusieurs causes possibles des maux de têtes, et ces causes éventuelles sont indépendantes et non-cumulatives, et s'opèrent de manière différente, les habitants ne pourront pas s'appuyer sur *Bonnington Castings*, et ne pourront pas démontrer le lien causal en l'absence de la preuve du rôle *sine qua non* des ondes venant de l'antenne en question[818].

60. La question se pose différemment pour l'anxiété que les habitants pourraient chercher à utiliser pour fonder leur demande en *private nuisance*. Cette anxiété, qui nuit à la jouissance du terrain, est visiblement causée par la proximité de l'antenne, même si cette anxiété n'est pas nécessairement fondée sur un risque réel. Les demandeurs devront établir la réalité du danger créant leur anxiété : qu'il est plus probable que non que les ondes constituent un danger.[819] Sans cette preuve, les habitants ne pourront pas fonder leur demande en *private nuisance* sur l'anxiété engendrée par la présence de l'antenne.

61. En plus des obstacles à la preuve du lien causal déjà décrits, il faut également démontrer que le type de dommage subi est une conséquence prévisible de l'activité reprochée (*remoteness*). Ainsi, même s'il est établi que les ondes électromagnétiques ont causé le dommage subi, les actions des habitants en réparation du préjudice corporel seront déboutées si la maladie n'était pas une conséquence prévisible du fait générateur au moment de ce fait générateur[820]. Le fait que le risque ne soit pas scientifiquement avéré à cette époque écartera donc *a priori* la responsabilité de l'opérateur. Par contre, une fois le lien causal établi, le dommage futur devient prévisible. Ainsi, la notion de *remoteness* ne pourra pas protéger l'opérateur contre une demande de cessation de l'activité pour empêcher le trouble futur.

---

[818] Wilsher v Essex Area Health Authority [1988] AC 1074.
[819] *Birmingham Development Co. Ltd v Tyler* [2008] EWCA Civ. 859, [2008] BLR 445.
[820] Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Docks Engineering Co Ltd (dit «The Wagon Mound (No.1)) [1961] AC 388.

4. La réparation

62. Si les habitants réussissent à établir la responsabilité de l'opérateur, ils pourront chercher, en plus des dommages-intérêts pour indemniser le trouble passé, un ordre pour la cessation de l'activité, qui peut inclure le démantèlement de l'antenne et l'indemnisation du préjudice corporel. Toutefois, le juge pourra décider que les dommages-intérêts sont un mode de réparation préférable dans les circonstances[821]. Dans le contexte du tort de *private nuisance*, le fait que le trouble anormal nuise à la jouissance du terrain du demandeur suffira normalement à justifier la cessation de l'activité[822]. Toutefois, la gravité du trouble reste un élément à peser dans la décision du juge, et plus le trouble est minime, plus probable sera le refus d'une injonction[823]. La praticabilité des mesures de cessation[824] et l'intérêt public[825] seront également pris en compte. Le juge pourra choisir de recourir aux dommages-intérêts à la place d'une injonction lorsque le dommage n'est pas grave, il est quantifiable, et une injonction serait une mesure oppressive dans les circonstances.[826] Le fait d'avoir obtenu une autorisation à construire n'est pas en soi un obstacle à un ordre de cessation, mais il peut pousser le juge à préférer une indemnisation à la place d'une cessation d'activité, surtout puisque l'autorisation administrative sera probablement interprétée comme une indication de l'intérêt public de l'antenne-relais, critère important dans la décision du juge quant au type de réparation.[827] Même dans les cas où le juge ordonne la cessation de l'activité, son application sera souvent suspendue pour permettre à l'opérateur de prendre des mesures techniques pour réduire le trouble[828].

---

[821] art. 50 Senior Courts Act 1981.
[822] *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd v British Celanese Ltd* [1953] Ch 149 ; voir, pour une analyse de la question, S. Tromans, « Private nuisance- prevention or payment ? (1982) CLJ 87 ; J. Murphy, *The law of nuisance*, p.115.
[823] J. Murphy, *The law of nuisance*, p.117.
[824] Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd v British Celanese Ltd [1953] Ch 149
[825] *Miller v Jackson* [1977] QB 966.
[826] *Shelfer v City of London Electric Lighting Co.* [1895] 1 Ch. 287. Voir l'analyse des critères proposées dans l'arrêt récent de la Cour Suprême *Coventry v Lawrence* [2014] UKSC 13, [2014] 2 WLR 433.
[827] *Coventry v Lawrence*, [2014] UKSC 13, [2014] 2 WLR 433, para 125, Lord Neuberger.
[828] B. Pontin, « The common law clean up of the 'workshop of the world' : more realism about nuisance law's historical environmental achievements », 40 (2) *Journal of Law and Society*, 2013, pp.173-198, pp.186 et s.

C. Conclusion

63. Il existe de nombreux obstacles en droit anglais pour les habitants cherchant à établir la responsabilité civile du fait des antennes relais dans les circonstances envisagées par ce cas pratique. En plus des obstacles liés à l'accès à la justice, l'absence de preuve scientifique d'un lien causal entre les ondes électromagnétiques issues des antennes relais dans les conditions normales d'exploitation empêche la preuve du lien de causalité juridique avec les troubles physiques. La règle définissant le dommage subi comme une conséquence prévisible des ondes écarte également la possibilité d'établir la responsabilité de l'opérateur. Enfin la non-reconnaissance en responsabilité civile anglaise du préjudice d'anxiété constitue un obstacle supplémentaire aux demandes éventuelles.

3. ALLEMAGNE

LE RISQUE « ANTENNES-RELAIS » EN DROIT ALLEMAND

Jonas KNETSCH
Professeur à l'Université de la Réunion
Centre de recherche juridique (CRJ)
jonas.knetsch@univ-reunion.fr

1. **L'Allemagne** est généralement citée comme le **pays dans lequel ont été posés les fondements théoriques et politiques du principe de précaution**[829]. La politique environnementale allemande et les travaux d'intellectuels allemands comme Hans Jonas[830] et Ulrich Beck[831] auraient fait émerger le principe de précaution et permis son essor à l'échelle européenne, puis internationale. Curieusement, cette nouvelle approche des risques n'a eu, en Allemagne, que **très peu de retombées dans le domaine juridique**.

2. Jusqu'à nos jours en effet, le droit allemand a toujours été assez hermétique à l'idée d'une consécration juridique du *Vorsorgeprinzip* ou, plus largement, d'une obligation pour les acteurs publics et privés de tenir compte de risques incertains. Alors que la portée normative du principe de précaution

[829] V. par exemple J. ZANDER, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative dimensions*, 2010, p. 76 et M. Stevens, « The Precautionary Principle in the International Arena », *Sustainable Development Law & Policy* 2002 (n° 2), p. 13 avec d'autres références. V. aussi UNESCO, *Le principe de précaution*, Rapport du COMEST, 2005, p. 9 (le rapport cite également « une origine suédoise »).
[830] H. JONAS, Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, 1979 (trad. fr. Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique, 1990). Dans cet ouvrage, JONAS insiste notamment sur la prévention de risques incalculables afin de protéger l'existence même de l'humanité. – Pour une analyse de cet ouvrage, v. É. POMMIER, Hans Jonas et le principe responsabilité, 2012.
[831] U. BECK, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986 (trad. fr. *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, 2001). Paru la même année que la catastrophe de Tchernobyl, l'ouvrage contient une riche analyse très riche de l'évolution de la société contemporaine vers une collectivité de plus en plus confrontée aux effets collatéraux de la production de richesses, parmi lesquels la multiplication de risques naturels et sociaux joue un rôle majeur. – Pour une présentation complète des thèses de l'auteur, v. l'ouvrage récent M. SØRENSEN/A. CHRISTIANSEN, *Ulrich Beck: an introduction to the theory of second modernity and the risk society*, 2013.

et son articulation avec la responsabilité civile ne cesse d'alimenter des débats juridiques en France, on est surpris par la **place discrète** qu'occupe la question **dans la doctrine juridique outre-Rhin**. Peu nombreuses, les études sur traitement normatif de l'incertitude scientifique se contentent généralement d'exposer les différentes législations sectorielles dans lesquelles on peut trouver une trace du principe de précaution ou d'analyser dans quelle mesure les risques incertains peuvent être appréhendés par les règles de droit commun. En définitive, analysé comme principe général, le principe de précaution n'a qu'une influence assez faible sur le droit allemand[832]**.**

3. En dépit de la faiblesse normative du principe de précaution dans le système juridique allemand, **l'installation massive d'antennes-relais** à partir des années 1990 a nourri un **contentieux similaire à celui** qui, **en France**, est devenu emblématique pour le débat sur le rôle du principe de précaution en droit civil[833]. Le contentieux émane essentiellement de riverains de ces installations, qui, s'estimant victimes d'un trouble lié au champ électromagnétique des antennes, cherchent à en obtenir le démantèlement et, le cas échéant, une réparation des dommages occasionnés par leur exploitation. De très nombreuses actions en justice ont été intentées devant les juridictions allemandes, quelle qu'en soit la nature. Que ce soit devant les juridictions ordinaires (*ordentliche Gerichtsbarkeit*), les juridictions administratives, voire devant la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, l'inventivité des plaideurs pour trouver un fondement en adéquation avec leurs prétentions n'a eu d'égal que la constance avec laquelle les juges ont repoussé les actions des justiciables. Aussi bien le droit de la responsabilité que le droit des biens, le droit constitutionnel ou le droit administratif ont été mobilisés par les riverains d'antennes-relais désireux d'obtenir justice face aux troubles causés par ces installations[834].

4. L'objectif de cette étude est d'apporter au débat français sur le risque « antennes-relais » des éléments de discussion tirés du droit allemand. Avant d'exposer les **solutions concrètes** adoptées par le législateur ou retenues par les juges allemands (V.), il nous paraît utile d'exposer le contexte normatif de la question. Pour mieux comprendre les raisons de la position restrictive du droit allemand, il est nécessaire d'identifier avec précision la **place qu'occupe le principe de précaution en droit allemand**

[832] V. *infra* n° 5 et s.
[833] V. la contribution de M. Hautereau-Boutonnet dans ce rapport.
[834] V. les références citées *infra* dans la dernière partie de l'étude (n° 26 et s.).

(I.), de présenter la **structure générale du droit allemand de la responsabilité civile** (II.) et le **traitement de l'incertitude scientifique** dans ce contexte (III.) ainsi que de décrire la **conception allemande de la théorie des troubles de voisinage** (IV.).

I. Le principe de précaution en droit allemand

5. Le principe de précaution (*Vorsorgeprinzip*) est issu, en Allemagne, d'un changement majeur de la politique environnementale, qui peut se situer au début des années 1970[835]. Les élections parlementaires de 1969 avaient permis au parti social-démocrate (SPD) d'accéder au pouvoir et d'apporter, sous l'égide du chancelier Willy Brandt, des changements majeurs dans plusieurs domaines politiques dont l'environnement. C'est dans le **Programme environnemental du gouvernement fédéral** (*Umweltprogramm der Bundesregierung*), adopté en 1971, que les nouvelles orientations sont perceptibles et que le principe de précaution est évoqué pour la première fois, fût-ce implicitement. Dans ce texte, on peut lire que la politique environnementale « ne doit pas se contenter de constater les dommages environnementaux déjà survenus et d'y réagir », mais également « reconnaître en temps utile les effets indésirables d'évolutions sociales et économiques et les prévenir au moyen d'une politique de l'environnement »[836].

6. À cette époque, les contours du principe de précaution ne sont pas encore très nets et la plupart des commentateurs de ce texte ignorent la distinction entre risques certains et risques incertains qui permettra plus tard de faire le départ entre les notions de prévention et de précaution. À cette imprécision originelle s'ajoute une difficulté d'ordre terminologique : le terme allemand *Vorsorge* sera traduit dans les travaux de langue anglaise ou française, ou bien par le mot « prévention » (*prevention* en

[835] Pour une présentation complète de la genèse du principe de précaution dans la politique allemande, v. l'analyse minutieuse B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, 2009, p. 73 et s. V. aussi E. REHBINDER, « Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik », in : U. Simonis (sous la dir.), *Präventive Umweltpolitik*, 1988, p. 129 et s.

[836] GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ALLEMAND, *Umweltprogramm der Bundesregierung*, reproduit in: *BT-Dr.* VI/2710, p. 7 et s. (http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/06/027/0602710.pdf).

anglais), ou par « précaution » (*precaution*)[837]. Ce **flottement sémantique** est au demeurant parfaitement compréhensible, car il n'y avait alors aucun consensus en Allemagne sur le sens et la portée du concept de *Vorsorge*. Pour les auteurs de l'époque, cette notion renvoyait simplement à la prévention de risques dans une perspective à long terme, mais elle n'était pas nécessairement liée à des incertitudes scientifiques ou à des risques incertains[838].

7. Alors que les travaux français et anglais ont permis, au début des années 2000, d'affermir les contours du principe de précaution (*precautionary principle*), l'ambigüité qui a accompagné l'émergence du *Vorsorgeprinzip* n'a jamais vraiment quitté le débat politique et juridique en Allemagne. Encore aujourd'hui, la doctrine allemande insiste sur une analyse du principe de précaution sous un angle **« multidimensionnel »**. Selon la majorité des auteurs, il s'agirait d'un principe à géométrie variable qui viserait tantôt une approche renouvelée de la prévention de risques environnementaux (*risikobezogene Variante*), tantôt la préservation de l'environnement pour les générations futures à travers la réalisation d'économies de ressources naturelles (*ressourcenökonomische Variante*)[839]. Quelle que soit l'acception privilégiée, les auteurs sont quasi unanimes à considérer que le principe de précaution n'est au fond qu'un principe « heuristique »[840] qui servirait à structurer et à guider la politique environnementale. Considéré en tant que tel, ce principe ne renfermerait en revanche **aucune règle d'interprétation législative** et **encore moins le fondement juridique d'une action en justice.**

8. La faiblesse normative du principe de précaution en droit allemand est intimement liée à l'absence de norme générale le consacrant sans ambigüité. Certes, la **loi fédérale sur la protection**

---

[837] Sur la réception du *Vorsorgeprinzip* par les autorités de la Communauté économique européenne (CEE), v. B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, *op. cit.* (note préc.), p. 73 et s.

[838] Sur ce point, v. K. VON MOLTKE, « The *Vorsorgeprinzip* in West German Environmental Policy », in : Royal Commission on Environmental Pollution (sous la dir.), *Twelfth Report: Best Practicable Environmental Option*, 1988, p. 57, spéc. p. 60 et s. (après avoir fait état de l'incorrection de la traduction anglaise *prevention principle*, l'auteur conclut en se désolant que « ultimately no amount of linguistic exegesis will explain the meaning of the *Vorsorgeprinzip* »).

[839] B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, *op. cit.* (note 836), p. 28 et s. avec d'autres références.

[840] B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, *op. cit.* (note 836), p. 23 : « das Vorsorgeprinzip kann die Auslegung gesetzlicher Tatbestände ebenfalls nur dort anleiten, wo sich der Vorsorgebegriff ausdrücklich niedergeschlagen hat oder sich zumindest durch Auslegung hinreichend sicher entnehmen lässt ».

contre les nuisances de 1974 (*Bundesimmissionsschutzgesetz* [BImSchG]) reprend expressément la notion de *Vorsorge* pour imposer des mesures de protection de l'environnement en présence de risques liés à l'exploitation d'un site classé[841]. La formulation du § 5 de cette loi ne permet cependant pas d'en dégager un principe général du droit de l'environnement. En effet, parmi les obligations qui pèsent sur l'exploitant d'un site industriel ou technologique, le § 5 al. 2 BImSchG insiste simplement sur des « mesures de précaution » (*Vorsorge […] treffen*) qui doivent permettre d'« éviter des effets négatifs et risques pour l'environnement et des inconvénients ou troubles majeurs pour la collectivité et le voisinage ». Il est vrai que les tribunaux administratifs ont interprété ce texte de manière assez extensive en imposant aux exploitants une approche de prévention qui vise à la fois les risques connus et les risques inconnus[842]. Il n'en demeure pas moins que la notion de *Vorsorge*, telle qu'employée par le législateur allemand dans le contexte de la loi fédérale sur la protection contre les nuisances, ne se prête guère à une véritable conceptualisation du principe de précaution comme en France. Pour que celui-ci puisse réellement être reconnu comme principe juridique, il aurait fallu que cette loi apporte davantage de précision sur les risques à prendre en considération.

Tout au plus peut-on voir dans certains **textes sectoriels** du droit allemand de l'environnement une consécration du principe de précaution au sens où l'entend le droit français. Néanmoins, ces textes ne sont souvent pas l'œuvre originelle du législateur allemand, mais s'appuient sur des règlements européens ou constituent la transposition de directives de l'Union. Au sein du droit de l'environnement, c'est sans doute en **droit agro-alimentaire** (*Lebensmittelrecht*) que l'affirmation du principe de précaution est la plus nette. Dans différents textes réglementaire, le législateur allemand a concrétisé la portée **du règlement n° 178/2002** établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire. Intitulé « Principe de précaution », l'article 7 de ce règlement dispose que « dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais **où il subsiste une incertitude scientifique**, des **mesures provisoires de gestion du**

[841] Sur le lien entre Vorsorgeprinzip et le § 5 de la loi fédérale sur la protection contre les nuisances, v. not. U. RID, Die Vorsorgepflicht bei genehmigungsbedürftigen Anlagen im Bundes-Immissionsschutzgesetz, 1985 et K. RINKE, Das Vorsorgegebot nach § 5 Nr. 2 BImSchG als Genehmigungsvoraussetzung und die Verschärfung des Instrumentariums zur Durchsetzung der Betreiberpflichten aus § 5 BImSchG, 1985.

[842] V. par exemple Tribunal administratif fédéral (BVerwG), 18 mai 1982, réf. 7 C 42.80, *BVerwGE* t. 65, p. 313, spéc. p. 320.

risque […] peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque ». Il est intéressant de constater que la littérature juridique allemande des 15 dernières années, consacrée au *Vorsorgeprinzip*, porte essentiellement sur l'interprétation de ce texte ainsi que sur sa portée pratique[843]. Aux côtés du droit agro-alimentaire, on peut encore citer la **réglementation de l'usage d'organismes génétiquement modifiés**[844] et les textes régissant le **droit nucléaire**[845] et le **droit de l'eau**[846]. Dans chacun de ces domaines juridiques, on peut trouver des textes législatifs qui font référence à la prise en compte de risques soupçonnés (*Verdacht einer Gefährdung*) et qui élargissent ainsi les obligations pesant sur des exploitants de technologies à risque.

9. En définitive, bien que l'on puisse attribuer à la politique environnementale allemande un rôle décisif dans la genèse du principe de précaution, celui-ci n'est pas doté de la même force normative qu'en droit français. Aucun texte de valeur constitutionnelle ne le mentionne et aucune loi ne l'impose en tant que principe général du droit. Aussi ne s'étonnera-t-on guère que le droit allemand de la responsabilité civile y soit resté assez hermétique.

---

[843] V. par exemple M. MÖSTL, « Vertrauensschutz der Lebensmittelwirtschaft gegenüber der Gesetzgebung – Legitime Nachsteuerung oder Aktionismus? », *Zeitschrift für Lebensmittelrecht* (ZLR) 2014, p. 123 ; B. SIMON, « Risikoverwaltung im neuen Lebensmittelrecht », *Bayerische Verwaltungsblätter* (BayVBl) 2009, p. 161 ; H.-U. DETTLING, « Vorsorgeprinzip, Zweifelsregelung und Korridorprodukte », *ZLR* 2008, p. 441 ; M. HOLLE, « Die öffentlich-rechtliche Verantwortung und Haftung Vorsorgeprinzip – Rückverfolgbarkeit, Stufenverantwortung », *ZLR* 2004, p. 307 et M. BÖHM, « Das Vorsorgeprinzip im Lebensmittelrecht », *ZLR* 2000, p. 241.

[844] En vertu du § 1er de la loi sur le génie génétique (*Gentechnikgesetz*), l'objectif de ce texte est de « protéger l'environnement contre les effets nocifs de procédures de génie génétique et de produits issus de cette technologie […] et de prendre des mesures de précaution contre l'apparition de tels risques ». Aussi les autorisations administratives ne seront octroyées que si l'exploitant tient compte tant des risques scientifiquement établis que des risques simplement soupçonnés.

[845] La loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et sur la protection contre ses risques (*Atomgesetz*) précise les conditions qui doivent être réunies pour que l'administration fédérale puisse octroyer une autorisation administrative au (futur) exploitant d'un site d'énergie nucléaire. Aux termes du § 7 al. 2 de cette loi, l'exploitant doit prouver qu'il a pris « toutes les mesures de précaution (*Vorsorge*), nécessaires au regard des connaissances scientifiques et techniques, pour se prémunir contre des dommages causés par l'installation et l'exploitation du site ».

[846] La loi relative au régime des eaux (*Wasserhaushaltsgesetz*) précise, dans son § 57, les conditions de l'octroi d'une autorisation pour rejeter des eaux usées dans des cours d'eau. Celle-ci est subordonné au respect d'une obligation de minimiser le volume et la nocivité des eaux rejetées, « au regard de l'état actuel de la technique ». Or, l'annexe 1 à cette loi précise que la détermination de « l'état actuel de la technique » devra se faire en application des principes de prévention et de précaution (*Grundsatz der Vorsorge und der Vorbeugung*).

II. La structure générale du droit allemand de la responsabilité civile

10. À l'instar du droit français, le droit allemand de la responsabilité civile se **caractérise par une dualité de ses fondements** (*Zweispurigkeit*)[847]. Les régimes de responsabilité sont fondés, soit sur un comportement illicite (*Verschuldenshaftung*) ou sur une illicéité présumée (*Haftung für vermutetes Verschulden*), soit sur la création d'un risque (*Gefährdungshaftung*).

Droit français et droit allemand se différencient cependant considérablement, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'importance respective de ces deux philosophies de la responsabilité civile[848]. Alors qu'en droit français, les régimes de responsabilité sans faute tendent à reléguer au second plan le principe général de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil, le système juridique allemand continue à réserver une place très importante à la responsabilité pour illicéité. Un seul régime de responsabilité objectif est codifié au sein du BGB : celle du gardien d'un animal de compagnie (§ 833). C'est dire l'attachement du droit civil allemand au principe de la responsabilité pour illicéité, bien que les régimes de responsabilité pour risque, souvent codifiés dans des textes spéciaux, ne cessent – comme ailleurs en Europe – de se multiplier.

11. Afin d'exposer brièvement la structure générale du droit allemand de la responsabilité civile, il convient de présenter dans les grandes lignes chacun de ces deux types de responsabilité civile. Pour la clarté du propos, une distinction sera cependant opérée, au sein de la responsabilité pour illicéité, selon que cette dernière est prouvée ou simplement présumée.

12. Le système allemand de la responsabilité civile repose encore largement sur le principe de la **responsabilité pour illicéité prouvée**. À la différence du législateur français, les auteurs du BGB

---

[847] V. l'étude fondamentale J. ESSER, « Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts », *JZ* 1953, p. 129.

[848] Sur la structure de la responsabilité civile en droit allemand, cf. en langue française R. SERICK, « La responsabilité civile en droit allemand », *Rev. int. dr. comp.*, 1955, p. 560 et s. ; H. WEITNAUER, « Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand », *RID comp.* 1967, p. 807 et T. EBENROTH-CARSTEN, « Les principes fondamentaux de la responsabilité non contractuelle en droit français et en droit allemand », *Gaz. Pal.* 2 janvier 1994, p. 5. V. aussi F. FERRAND, *Droit privé allemand*, 1997, n° 360 et s.

n'ont pas souhaité consacrer un principe général de responsabilité pour faute à l'image de l'article 1382 du Code civil[849]. Bien que souvent présenté comme l'équivalent de l'article 1382 du Code civil, le **§ 823 al. 1er BGB** n'est en réalité qu'un « petit principe général » (*kleine Generalklausel*), car ce texte subordonne le devoir de réparer un dommage à l'atteinte à un intérêt juridique déterminé. En effet, le § 823 al. 1er BG prévoit que « quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte de façon illicite, une atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui, est tenu envers lui de réparer le dommage qui en résulte ».

13. Pour établir l'obligation de réparation aux termes du § 823 al. 1er BGB, la doctrine et la jurisprudence allemandes exigent la réunion de **sept conditions**[850]. Tout d'abord, le demandeur en responsabilité doit établir un **fait du défendeur** (*Verletzungshandlung*), lequel peut consister en une action ou une abstention. Par ce fait, le défendeur doit ensuite avoir porté **atteinte à l'un des intérêts juridiques énumérés par le texte**, à savoir la vie, l'intégrité physique, la santé, la liberté et la propriété. Bien que l'énumération se termine par la formule « ou un autre droit d'autrui », il ne faut pas en déduire qu'une atteinte à n'importe quel droit personnel permettrait d'exiger la réparation du dommage qui en découle. La jurisprudence interprète en effet très restrictivement cette formule en ne reconnaissant, au titre des « autres » intérêts juridiques protégés, que le droit de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) [851] et le droit à l'exercice paisible d'une activité commerciale (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*)[852]. La jurisprudence a par exemple toujours refusé notamment de considérer que la seule atteinte au patrimoine puisse être qualifiée d'atteinte à un « autre droit d'autrui ». – Pour relier ces deux premiers éléments, il faudra encore démontrer le **lien de causalité**

[849] Sur la genèse du § 823 BGB et la réception en Allemagne de la « clause générale » (*Generalklausel*) de l'article 1382 du Code civil français, v. C. KATZENMEIER, « Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände », *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 2003 (vol. 203), p. 79.
[850] La relative complexité de la structure du régime général de la responsabilité pour fait illicite se démarque de la simplicité apparente de l'article 1382 C. civ. et du système français qui repose sur le triptyque « faute – dommage – lien de causalité ». – Pour autant, il ne faut pas oublier que les notions utilisées en droit allemand se trouvent, pour certaines, enchâssées dans les conditions de droit français, notamment dans le concept de faute.
[851] Sur ce point, v. l'étude en langue française A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, th. Paris 1, PUAM, 2002.
[852] Il s'agit d'une solution d'origine jurisprudentielle. V. Cour fédérale de justice, 21 juin 1966, réf. VI ZR 261/64, *BGHZ* t. 45, p. 296, spéc. p. 307.

entre le fait du défendeur et l'atteinte à l'intérêt juridique, ce que la doctrine allemande qualifie de « *haftungsbegründende Kausalität* », c'est-à-dire littéralement de « causalité justifiant le principe de responsabilité »[853]. À ces trois premières conditions tenant à l'acte du défendeur, s'ajoutent deux autres qui permettent de caractériser le caractère blâmable de l'acte. Au titre de la condition de **l'illicéité objective de l'atteinte** (*Rechtswidrigkeit*), le droit allemand vise toutes les atteintes qui ne sont pas couvertes par une cause de justification, telle que la légitime défense, l'autorisation de la victime ou l'acceptation des risques par celle-ci[854]. Puis, le demandeur devra faire état de l**'imputabilité subjective** de cette atteinte, c'est-à-dire le caractère intentionnel ou négligent de l'acte, en tenant compte de la capacité de discernement de son auteur. Contrairement au droit français, le BGB écarte donc, au nom de l'absence d'imputabilité déduite de l'incapacité de discernement, la responsabilité d'enfants en bas âge ou de majeurs atteints d'un trouble mental[855]. Le demandeur doit enfin établir l'existence d'un **préjudice réparable** répondant aux conditions des §§ 249 et suivants du BGB. Ce préjudice doit en plus avoir été causé par l'atteinte à l'un des intérêts énumérés par le § 823 al. 1er BGB. Ce deuxième **lien de causalité** est qualifié par les auteurs allemands comme « *haftungsausfüllende Kausalität* », c'est-à-dire de « causalité déterminant l'étendue de la responsabilité ».

14. Pour compléter ce premier régime de responsabilité fondé sur la preuve d'une atteinte illicite, les auteurs du BGB ont prévu, au **§ 823 al. 2**, une obligation de réparation qui pèse sur **celui qui contrevient à une loi dite de protection** (*Schutzgesetz*). S'il s'agit toujours d'un régime de responsabilité fondé sur l'illicéité prouvée, le demandeur peut se contenter de prouver une **infraction pénale** ou la **contravention à un autre interdit légal**, peu importe que cet acte ne se dirigeât pas contre l'un des intérêts énumérés par le § 823 al. 1er BGB. Ainsi, la victime d'une escroquerie peut obtenir réparation sur le fondement du § 823 al. 2 BGB et du § 263 du Code pénal allemand, alors que le § 823

[853] Sur la causalité en droit allemand, v. H.-J. SONNENBERGER, « Le lien de causalité dans le système juridique allemand », *Rev. Lamy Dr. civil* 2007 (suppl. au n° 40), p. 89.
[854] L'illicéité objective est généralement présumée et il revient au défendeur d'apporter la preuve d'une cause de justification permettant de l'écarter. V. sur ce point en langue française F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.* (note 848), n° 364.
[855] Dans ces cas, le § 829 BGB permet tout de même de condamner l'incapable, pour autant que l'équité l'exige. Si tel est le cas, l'étendue de la réparation sera souvent déconnectée de l'ampleur du dommage effectivement subi par la victime. Sur cette *Billigkeitshaftung*, v. en français F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.* (note 848), n° 365.

al. 1er ne le lui permettrait pas, l'atteinte au seul patrimoine n'étant pas visée par ce dernier texte. Enfin, le troisième « petit principe général » de responsabilité pour illicéité prouvée est prévu au **§ 826 BGB**[856]. Selon ce texte, « celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui en **violation des bonnes mœurs** est tenu de réparer le dommage ». Contrairement aux apparences, ce troisième régime général a une portée pratique limitée. Il s'applique surtout dans les cas où un tiers incite un contractant à violer son contrat ou alors en matière de responsabilité précontractuelle.

15. À côté de ces trois principes généraux de responsabilité pour illicéité prouvée, plusieurs régimes de responsabilité sont fondés sur une **présomption de l'illicéité** de l'acte (*Verschuldensvermutung*). Les auteurs du BGB ont en effet assoupli le principe de la responsabilité pour illicéité prouvée pour les actions dirigées contre les commettants du fait de leurs préposés (§ 831 BGB)[857], les personnes chargées de surveiller un mineur ou un majeur protégé (§ 832 BGB) et les propriétaires d'un bâtiment tombant en ruine (§§ 836 à 838 BGB). Cette présomption d'illicéité et, partant, de responsabilité peut être renversée par la preuve d'une absence de faute.

16. La troisième et dernière catégorie comprend les **régimes de responsabilité pour risque**, c'est-à-dire ceux qui attachent le devoir de réparation au seul fait d'avoir créé un danger pour autrui (*Gefährdungshaftung*). En dépit des évolutions législatives des dernières années, cette responsabilité demeure marginale en droit allemand. L'une des raisons en est que la responsabilité pour risque est régie par un strict principe d'énumération (*Enumerationsprinzip*) qui, à la différence du droit français, prohibe la consécration jurisprudentielle de nouveaux cas de responsabilité.

Le seul régime de responsabilité pour risque prévu par le BGB est la responsabilité du fait des animaux de compagnie (§ 833 al. 1er BGB). Tous les autres régimes de responsabilité pour risque sont consacrés dans des textes spéciaux en dehors du BGB. Peuvent notamment être citées la **responsabilité du gardien d'un**

[856] Sur celui-ci, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.* (note 848), n° 380 et s.
[857] Sur ce point, v. en langue française R. LEGEAIS, « L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand », in : *Les orientations sociales du droit contemporain – Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 1992, p. 303.

véhicule[858], du **fabricant d'un produit défectueux**[859], de l'auteur d'une dégradation des eaux[860], de l'exploitant d'une installation nucléaire[861] et, plus largement, de l'exploitant d'une installation classée[862] ou dangereuse[863].

17. Dès lors que les conditions de l'un de ces différents régimes sont réunies, le demandeur pourra obtenir réparation de son préjudice. Le droit allemand ne se caractérise pas seulement par une approche restrictive sur le terrain des conditions, mais limite également les effets de la responsabilité civile. De manière générale, les **règles relatives à l'étendue de la réparation** (*Schadensrecht*) sont **moins généreuses** envers les victimes que le droit français, notamment pour ce qui est de l'admission du préjudice extrapatrimonial, lequel n'est susceptible de réparation en matière de responsabilité contractuelle que depuis 2002. Encore aujourd'hui, le préjudice extrapatrimonial est calculé de manière beaucoup plus parcimonieuse[864]. Ainsi, les victimes par ricochet sont généralement exclues de la réparation du préjudice extrapatrimonial. Enfin, contrairement au droit français, les régimes de responsabilité pour risque se caractérisent dans leur immense majorité par l'existence d'un plafond de réparation[865].

18. Sur le plan procédural, signalons encore la **place très discrète de l'action civile au pénal** (*Adhäsionsverfahren*)[866]. Si le Code de procédure pénale prévoit dans ses §§ 403 à 406d une telle

[858] § 7 al. 1er de la loi sur la circulation automobile (*Straßenverkehrsgesetz* [StVG]). Quant à la responsabilité du *conducteur* du véhicule, elle est fondée sur une présomption de faute (§ 18 StVG).
[859] § 1 al. 1er de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux (Produkthaftungsgesetz [ProdHG]).
[860] § 22 de la loi sur le régime des eaux (*Wasserhaushaltsgesetz* [WHG]).
[861] §§ 25, 25a et 26 de la loi sur l'énergie nucléaire (*Atomgesetz* [AtG] ; traduction française au *Bull. dr. nucl.* 2002 [suppl. au n° 70]).
[862] § 1 de la loi sur la responsabilité environnementale (*Umwelthaftungsgesetz* [UmwHG])
[863] § 2 de la loi sur la responsabilité civile (*Haftpflichtgesetz* [HPflG]). – Sur ce texte, v. aussi *infra* note 903.
[864] Pour une analyse comparative, v. G. WAGNER, « Ersatz immaterieller Schäden – Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven », *Juristenzeitung* (JZ) 2004, p. 319, spéc. p. 322
[865] Critiquant une telle position de principe, H. KÖTZ, « Haftung für besondere Gefahr », *AcP* 1970 (vol. 170), p. 1, spéc. p. 36 et s.
[866] Pour une comparaison entre la procédure allemande de l'*Adhäsionsverfahren* et l'action civile du droit français, v. K. SPIESS, *Das Adhäsionsverfahren in der Rechtswirklichkeit*, 2008, p. 228 et s.

procédure, les justiciables n'y recourent que très exceptionnellement. Dans la pratique, les intérêts civils sont le plus souvent jugés lors d'un procès distinct de la procédure pénale.

Le juriste français aura tendance à déceler dans le système allemand de la responsabilité civile un conservatisme et une rigueur qui contrastent avec le droit français, lequel est largement façonné par la volonté de favoriser l'indemnisation des victimes. Il n'en demeure pas moins que les solutions du droit allemand en présence d'une incertitude scientifique sont proches de celles admises du juge français.

III. L'incertitude scientifique en droit allemand de la responsabilité

19. Dans un procès en responsabilité civile, l'existence d'une incertitude scientifique rend plus difficile l'administration de la **preuve de la causalité entre le fait du défendeur et l'atteinte à un intérêt protégé** (*haftungsbegründende Kausalität*). Les règles régissant la procédure civile allemande imposent en principe au demandeur d'apporter une **« preuve absolue » (*Vollbeweis*) du lien de causalité**[867]. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette expression ne signifie pas que la causalité doit être établie avec une certitude absolue et inébranlable. Il suffit que, au terme de la démonstration des faits par le demandeur, le juge soit pleinement convaincu de la causalité, peu importe qu'un degré d'incertitude résiduel subsiste[868]. Or, l'incertitude scientifique ne permet précisément pas d'établir avec certitude le lien de causalité entre le fait du défendeur et l'atteinte alléguée. Ainsi, un agriculteur aura bien des difficultés de prouver que le champ de maïs génétiquement modifié situé à proximité est à l'origine de la modification de ses propres plants. De même, un patient atteint de la sclérose en plaques sera dans l'embarras de convaincre le juge à tenir pour établi le lien entre sa maladie et une vaccination contre l'hépatite B, effectuée quelques années auparavant.

20. La procédure civile allemande connaît cependant **deux procédés**, tirés du droit de la preuve, qui permettent de contourner l'impossibilité d'apporter une preuve absolue de la causalité. Ainsi,

[867] Sur le droit allemand de la preuve, v. F. FERRAND, *v°* Preuve, *Rép. proc. civ.*, n° 59 et s.
[868] En vertu du § 286 du Code de procédure civile allemand (*ZPO*), le juge est libre d'apprécier les éléments de qui lui sont présentés, mais il doit indiquer dans son jugement quelles sont les motifs qui lui ont permis de tenir une allégation pour vraie ou pour fausse.

la preuve du lien de causalité peut d'abord être facilitée en recourant à la **preuve *prima-facie*** (*Anscheinsbeweis*)[869] que l'on peut rapprocher des présomptions du fait de l'homme qui existent en droit français[870]. Il s'agit pour le juge de déduire d'éléments connexes établis par le demandeur, l'existence d'un autre fait, plus difficile à prouver, mais déterminant pour le succès de l'action. Pour ce faire, le juge va s'appuyer sur son expérience de vie (*Lebenserfahrung*) ainsi que sur le cours normal des choses pour admettre une preuve qui ne saurait être établie par des procédés ordinaires[871]. L'admission d'une preuve *prima-facie* exige cependant que l'on soit en présence d'un **ensemble de faits** tellement **marqué par sa « typicité »** (*Typizität*) que les circonstances individuelles du cas d'espèce s'effacent[872]. Le juge doit être confronté, pour ainsi dire, à une situation-type qui s'est déroulée selon un schéma habituel. Cette exigence explique la rareté des preuves *prima-facie* admises dans la jurisprudence, la typicité de la situation faisant souvent défaut. Pour l'heure, la jurisprudence allemande a surtout admis des preuves *prima-facie* dans des dossiers liés aux dommages consécutifs à des injections ou à des transfusions sanguines[873]. Aucun élément dans la jurisprudence récente ne permet de penser que ce mode de preuve soit étendu au droit de l'environnement.

21. Le second moyen qui est de nature à faciliter la preuve de la causalité est le **renversement de la charge de la preuve** (*Beweislastumkehr*). Cet aménagement probatoire s'applique notamment, lorsque le demandeur parvient à prouver que le défendeur n'a pas respecté les normes environnementales ou sanitaires. Dans ce cas, le juge se contentera de constater, à partir des éléments produits par le demandeur, que la nuisance en question est susceptible de causer *in abstracto* le dommage en question

[869] Sur cette notion, cf. en langue française F. FERRAND, *v°* Preuve, *Rép. proc. civ.*, n° 100.
[870] Comp. Art. 1353 C. civ. : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »
[871] V. L. ROSENBERG/K. SCHWAB/P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17e éd. 2010, § 113 III 1 et G. BAUMGÄRTEL/H.-W. LAUMEN/H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, t. 1 : *Grundlagen*, 2e éd. 2009, § 12, n° 8.
[872] Dans ce sens Cour fédérale de justice, 3 juillet 1990, réf. VI ZR 239/89, *NJW*, 1991, p. 230, spéc. p. 231.
[873] Pour un aperçu de la jurisprudence, cf. A. LAUFS/C. KATZENMEIER/V. LIPP, *Arztrecht*, 6e éd. 2009, ch. XI, nos 58 et s. ainsi que L. JAEGER, « Anscheinsbeweis bei Injektionsschäden », *VersR*, 1989, p. 994.

(« *in abstracto* typisch geeignet »)[874]. Il revient ensuite au défendeur d'apporter la preuve de l'absence de causalité pour être exonéré de sa responsabilité. Dès lors, toute modification de la charge de la preuve est exclue, lorsque le défendeur a respecté les seuils imposés par la réglementation environnementale ou sanitaire. C'est ce qu'affirme d'ailleurs la loi du 10 décembre 1990 sur la responsabilité environnementale (*Umwelthaftungsgesetz* [UmweltHG]) qui institue une responsabilité objective pour les dommages environnementaux causés par une installation classée. En vertu du § 6 al. 1er de cette loi, une **présomption de causalité** (*Ursachenvermutung*) s'applique à chaque fois qu'une installation est susceptible, d'après les circonstances de l'espèce, d'avoir causé le dommage survenu. En revanche, l'alinéa 2 de ce texte prévoit que cette présomption et le renversement de la charge probatoire qui en découle, ne s'appliquent pas lorsque l'installation a été « exploitée conformément à sa destination »[875].

Avant d'exposer les solutions pratiques du droit allemand et d'aborder l'étude de cas relative au risque « antennes-relais », il convient encore de donner un aperçu de la théorie des troubles de voisinage, laquelle est fréquemment invoquée par les personnes s'estimant lésées par un trouble environnemental.

IV. La théorie des troubles de voisinage en droit allemand

22. La théorie des troubles de voisinage (la doctrine allemande parle à ce propos de *zivilrechtlicher Nachbarschutz*) a été développée à partir du § 1004 BGB[876]. Rattaché au droit des biens

[874] Pour une application récente de cette solution en matière de responsabilité médicale, cf. Cour fédérale de justice, 27 avril 2004, réf. VI ZR 34/03, *NJW* 2004, p. 2011 et p. 2345, note A. SPICKHOFF ; 8 janvier 2008, réf. VI ZR 118/06, *NJW* 2008, p. 1304 ainsi que 19 juin 2012, réf. VI ZR 77/11, *NJW* 2012, p. 2653.

[875] Sur ce texte, v. not. G. HAGER, in : R. v. Landmann/G. Rohmer (sous la dir.), *Umweltrecht*, *v°* Umwelthaftungsgesetz, 1992, § 6, n° 14 et s. ainsi que G. WAGNER, « Die Aufgaben des Haftungsrechts - eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform », *JZ* 1991, p. 175.

[876] Pour une étude comparative de la théorie des troubles du voisinage, v. J. GAERTNER, Verschuldensprinzip und objektive Haftung bei nachbarlichen Störungen (troubles de voisinage) nach französischem Recht, verglichen mit dem deutschen Recht, th. Fribourg-en-Brisgau, 1972.

et situé dans le chapitre sur les prétentions nées du droit de propriété, ce texte prévoit, dans son alinéa 1er, que « s'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble » et que « s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation ». Et l'alinéa 2 de préciser que ce droit est exclu « si le propriétaire est obligé de supporter ce fait », notamment lorsque le trouble ne dépasse pas un certain seuil. En substance, le § 1004 BGB accorde au propriétaire un **droit d'agir en élimination ou en cessation d'un trouble** qui affecte son droit de propriété et **dépasse un certain seuil**[877].

23. Notion centrale du § 1004 BGB, le trouble (*Beeinträchtigung*) est défini par la doctrine comme « l'usurpation par une personne de la sphère de propriété d'autrui »[878]. En matière immobilière, le § 906 al. 1er BGB apporte davantage de précisions en énumérant les troubles habituels dont la cessation peut être demandée. Sont visées par ce texte « l'introduction de gaz, vapeurs, odeurs, fumées, suies, chaleurs, bruits, trépidations et autres émissions provenant d'un fonds d'autrui ». Le trouble doit, en outre, être le fait de l'homme et ne pas consister en une nuisance dite négative ou idéelle (*negative oder ideelle Immissionen*). Sont exclues à ce titre les privations de lumière, de soleil ou d'air, les perturbations de la réception de radio ou de télévision, mais aussi les pollutions dites visuelles, telles qu'une enseigne lumineuse, l'entretien insuffisant d'un terrain voisin ou l'implantation d'un sex-shop dans le voisinage[879].

24. Le § 906 al. 1er BGB précise par ailleurs que pour intenter une action en cessation, le trouble ne doit pas créer une restriction simplement « insignifiante », critère apprécié au cas par cas par

[877] L'éviction (*Entziehung*) et la rétention (*Vorenthaltung*) d'une chose sont expressément exclues de la notion de trouble du § 1004 BGB. Dans ces cas, le propriétaire en demandera simplement la restitution (*Herausgabe*) en vertu du § 985 BGB (« Le propriétaire peut réclamer au possesseur la restitution de la chose. »).

[878] C. BALDUS, in : *Münchener Kommentar BGB*, t. 6 : *Sachenrecht*, 6e éd. 2013, § 1004, n° 56. – Une partiee de la doctrine défend une définition qui s'inspire davantage de la figure de l'enrichissement sans cause. Pour ces auteurs, l'auteur du trouble doit bénéficier d'un avantage qui correspond à l'inconvénient subi par le propriétaire. V. surtout E. PICKER, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972, p. 50 et s.

[879] Dès 1911, le Tribunal de l'Empire a exclu cette catégorie de nuisances du champ d'application des §§ 906 et 1004 BGB (8 avril 1911, réf. V 328/10, *RGZ* t. 76, p. 130). Dans l'affaire jugée en 1911, un particulier était gêné par la vision de baigneurs, en partie dévêtus, dans la piscine en plein air qui se situait à proximité immédiate de son terrain.

les juges du fond. La jurisprudence accorde une importance particulière à l'appréciation objective du degré de nuisance, méthode qui est mise en œuvre notamment pour les troubles liés au bruit, à la pollution de l'air et aux trépidations[880].

25. Enfin, l'action en cessation ou en élimination du risque ne saurait aboutir si le demandeur « est obligé de supporter [le trouble] » (§ 1004 al. 2 BGB). Un tel « **devoir de tolérance** » (*Duldungspflicht*) peut notamment résulter de l'existence de servitudes (*Dienstbarkeiten*) ou d'**autorisations administratives**. Le plus souvent cependant, il trouve son fondement dans le § 906 BGB qui précise qu'un trouble de voisinage devra être supporté lorsqu'il « est conforme aux usages locaux et que les utilisateurs [du fonds voisin] ne sauraient l'empêcher par des mesures économiquement supportables » (al. 2). Cette importante limite à la protection contre les troubles du voisinage vise tous les inconvénients qui s'inscrivent dans l'exploitation ordinaire d'un terrain au regard de ce qui se fait habituellement dans le voisinage. La jurisprudence apprécie le critère de « conformité aux usages locaux » (*Ortsüblichkeit*) en procédant à une comparaison entre le fonds qui est à l'origine du trouble et des terrains de référence. Corroborée le cas échéant par des documents d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, une telle démarche permettra au juge d'identifier un profil (*Gepräge*) du voisinage, qui servira d'indicateur pour apprécier le respect du seuil de tolérance[881].

Dès lors que le trouble invoqué répond aux critères de recevabilité et qu'il est toujours en cours, le propriétaire ou le locataire sur l'immeuble peuvent en exiger l'élimination et la cessation. Cela signifie que le juge peut contraindre l'auteur du trouble à prendre des **mesures qui font cesser des troubles actuels** (*Beseitigungsanspruch*). Le § 1004 BGB prévoit également que le juge peut ordonner la **cessation de troubles futurs** (*Unterlassungsanspruch*), à condition que ceux-ci soient suffisamment caractérisés et imminents[882]. L'action sera toutefois rejetée, si les mesures de cessation sont « économiquement insupportables » pour le défendeur. Il appartiendra alors au juge d'apprécier le coût des mesures

[880] Pour un aperçu quasi-exhaustif de la casuistique développée par la jurisprudence, v. H. ROTH, in : *Staudinger BGB*, *§§ 905-924*, 2009, § 906, n° 187 et s.
[881] Sur cette approche, v. F. J. SÄCKER, in : *Münchener Kommentar BGB*, t. 6 : *Sachenrecht*, 6e éd. 2013, § 906, n° 117 et s. avec d'autres références.
[882] C. BALDUS, in : *Münchener Kommentar BGB*, t. 6 : *Sachenrecht*, 6e éd. 2013, § 1004, n° 289 et s.

techniques ou économiques permettant sinon de faire cesser le trouble, du moins de ramener son intensité au niveau d'un inconvénient « insignifiant ». Si le coût est économiquement insupportable, une « compensation équitable » (*angemessene Entschädigung*) sera due à la victime du trouble en application des principes régissant le calcul des indemnités d'expropriation[883].

Une fois les éléments de droit positif apportés, nous pourrons à présent exposer les solutions retenues par le droit allemand en matière de risque « antennes-relais ».

V. Étude de cas

Cas pratique
Une antenne-relais est installée par une société de téléphonie mobile à proximité d'un quartier résidentiel. Certains habitants vivant dans le voisinage se plaignent des troubles causés par cette installation. Alors que certains invoquent subir des maux de têtes, d'autres s'inquiètent des possibles cancers causés à long terme par les ondes électromagnétique. Se regroupant en association de riverains, ils demandent au juge la cessation du trouble et des dommages-intérêts pour préjudice moral, notamment d'angoisse.

26. Les riverains de l'antenne-relais ainsi que l'association créée par ceux-ci, pourront intenter plusieurs types d'actions. Nous aborderons successivement **les actions individuelles et les actions collectives.** S'agissant des actions individuelles, seront d'abord envisagées les actions en réparation de dommage fondées sur le § 823 al. 1er BGB (A), sur d'autres textes du BGB (B) ou des textes spéciaux (C), puis celles tendant à une autre sanction, notamment à la cessation du trouble (D) et au retrait de l'autorisation administrative (E). Pour ce qui est des actions collectives, nous verrons qu'elles ne jouent en droit allemand qu'un rôle très marginal (F).

[883] Cour fédérale de justice, 26 novembre 1982, réf. V ZR 314/81, *BGHZ* t. 85, p. 375. H. ROTH, in : *Staudinger BGB*, *§§ 905-924*, 2009, § 906, n° 262 (« in Anlehnung an die Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Enteignungsentschädigung »). – Le montant accordé est donc généralement inférieur à celui d'une indemnité compensatoire au sens du § 249 al. 1er BGB.

A. Action en responsabilité civile sur le fondement du § 823 al. 1er BGB

27. Pour que le juge puisse retenir une responsabilité civile pour illicéité au sens du § 823 al. 1er BGB, il faut réunir – nous l'avons vu – sept conditions [884]. Le **fait du défendeur** (*Verletzungshandlung*) ne soulève guère de difficultés. Pouvant consister en une action ou une abstention, il peut être facilement reconnu dans l'installation ou l'exploitation de l'antenne-relais. Les demandeurs doivent ensuite prouver une **atteinte à l'un des intérêts juridiques** énumérés par le § 823 al. 1er BGB (*Rechtsgutsverletzung*). En l'occurrence, les riverains de l'antenne-relais se plaignent d'une atteinte à la santé (maux de tête, risque de cancer). Ils devront alors obtenir des preuves tangibles de la dégradation de leur état de santé par exemple, sous la forme d'un certificat médical. Si un tel élément de preuve est concevable pour les maux de tête, on peut douter cependant qu'un médecin délivre un certificat attestant de l'existence d'un « risque de cancer ».

28. Le **principal obstacle** au succès d'une action en responsabilité civile fondée sur le texte général du § 823 al. 1er BGB réside cependant dans la preuve du **lien de causalité entre l'acte et l'atteinte à l'intérêt juridique** (*haftungsbegründende Kausalität*). Il faudra en effet que les demandeurs parviennent à établir que les maux de tête et, le cas échéant, le risque de cancer soient effectivement liés aux ondes électromagnétiques émis par les antennes-relais exploitées à proximité de leur domicile. Or, en l'état actuel des recherches, il n'y a **pas de consensus**, au sein de la communauté scientifique, **sur l'existence d'effets non-thermiques** liés à l'émission d'ondes électromagnétiques[885]. Compte tenu de cette incertitude scientifique, l'on pourrait penser aux deux instruments juridiques, déjà évoqués, permettant de surmonter des difficultés probatoires, à savoir la présomption de causalité et la preuve

[884] Pour un exposé synthétique des conditions de la responsabilité pour illicéité, v. *supra* n° 12.

[885] V. par exemple OMS, *Champs électromagnétiques et santé publique : téléphones portables*, Aide-mémoire n° 193, 2014 (consultable sur http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs193/fr/) : « À ce jour, il n'a jamais été établi que le téléphone portable puisse être à l'origine d'un effet nocif pour la santé. […] Il existe quelques signes d'un risque accru de gliome pour les 10% d'usagers dont le nombre d'heures cumulées d'utilisation était le plus élevé, bien qu'aucune tendance systématique de risque accru n'ait été établie pour une plus longue durée d'utilisation. Les chercheurs ont conclu que les biais et les erreurs limitent la validité de ces conclusions et ne permettent pas une interprétation de causalité. »

prima-facie[886]. Les juridictions allemandes se sont montrées hostiles à l'admission de tels allégements probatoire. Ainsi, le tribunal régional supérieur de Dresde a décidé qu'une présomption de causalité était exclue, faute de violation par l'entreprise de téléphonie mobile des normes réglementaires en la matière[887]**.** Selon cette décision, les seuils d'émission édictés par l'autorité administrative tiennent lieu d'évaluation *définitive* de la dangerosité des champs électromagnétiques émis par une antenne-relais, de sorte que leur respect suffit à écarter *a priori* tout lien de causalité. L'appréciation effectuée par l'administration ne saurait donc être remise en cause dans le cadre d'un contentieux civil, d'autant plus que la Cour constitutionnelle fédérale a décidé que la réglementation en question[888] était conforme à la Constitution[889]. Quant à la preuve *prima-facie* de la causalité entre l'exploitation de l'antenne-relais et les problèmes de santé, elle ne semble pas encore avoir été invoquée par les plaideurs. Sans doute la condition tenant à la typicité des dommages corporels de riverains d'antennes-relais apparaît-elle comme un obstacle trop élevé. Récemment, deux auteurs se sont fait l'écho des associations de lutte contre la pollution électromagnétique (*Elektrosmog*) en se prononçant pour l'admission de la preuve *prima-facie* du lien de causalité dans les contentieux portées devant les juridictions ordinaires[890]. Il est à noter que ces auteurs se sont abondamment référés à la jurisprudence étrangère, notamment française, pour justifier leur prise de position[891].

---

[886] V. *supra* n° 18 et s.

[887] Tribunal régional supérieur de Dresde, 7 mars 2013, réf. 10 U 1953/11, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2013, p. 1028 et p. 988, note B. BUDZINSKI.

[888] Il s'agit du 26e règlement fédéral sur la protection contre les nuisances de 1996 (26. BImSchV 1996).

[889] Cour constitutionnelle fédérale, 24 janvier 2007, réf. 1 BvR 382/05, *NVwZ* 2007, p. 805. – Sur la question de la constitutionnalité du texte de loi permettant l'installation d'antennes-relais, v. B. BUDZINSKI, « Von der Versorgung ohne Auftrag zur Bestrahlung ohne Gesetz », *NVwZ* 2011, p. 1165 ; L. HERMES, « Gesetzliche Grundlage für Errichtung von Mobilfunkstationen verfassungswidrig? », NVwZ 2012, p. 1509 ainsi que M. UECHTRITZ, « Nochmals: Gesetzliche Grundlagen für die Errichtung von Mobilfunkstationen verfassungswidrig? », *NVwZ* 2013, p. 906. – V. aussi K. BUCHNER/M. SCHWAB, « Die Grenzwerte der 26. BImSchV: Naturwissenschaftliche und juristische Defizite », *ZUR* 2013, p. 212.

[890] B. BUDZINSKI/H.-P. HUTTER, « Mobilfunkschäden Ansichtssache? », *NVwZ* 2014, p. 418.

[891] B. BUDZINSKI, « Vom Mobilfunk ohne Schutz zum Schaden ohne Ausgleich? », *NVwZ* 2013, p. 988, spéc. note 36 (l'auteur cite sept décisions françaises ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation italienne). V. aussi du même auteur « Beim Elektro-Smog nichts Neues? », *NVwZ* 2013, p. 404 (chapitre 2 *in fine*).

29. À supposer que les demandeurs parviennent à prouver le lien de causalité, il leur faudrait encore établir **l'illicéité objective de l'atteinte** (*Rechtswidrigkeit*) ainsi que **l'imputabilité subjective**. Si la première ne soulève guère de difficulté en l'absence de cause de justification[892], il n'en est pas de même s'agissant de la seconde. Les riverains devront en effet établir le caractère intentionnel ou négligent du comportement de l'opérateur de téléphonie mobile. Éventuellement, il leur serait possible d'invoquer l'inertie de celui-ci face aux plaintes répétées des riverains. La négligence découlerait alors de l'absence de prise en compte des sollicitations des riverains et de la connaissance des effets de l'antenne-relais sur la santé humaine. Cependant, il n'est pas sûr qu'une telle argumentation puisse trouver grâce auprès des juridictions allemandes.

30. Les demandeurs devront enfin prouver l**'existence d'un préjudice réparable** au sens des §§ 249 et s. BGB ainsi que le **lien de causalité** entre celui-ci et l'atteinte invoqué (*haftungsausfüllende Kausalität*). Rappelons que le droit allemand n'accorde des dommages-intérêts pour préjudice moral qu'avec beaucoup de parcimonie[893]. C'est essentiellement le *pretium doloris* (*Schmerzensgeld*) qui peut donner lieu à une compensation monétaire ainsi que les préjudices patrimoniaux liés à l'état de santé des riverains. En revanche, la notion de préjudice d'angoisse est totalement inconnue du droit allemand et son admission serait une véritable révolution sur le plan de la politique juridique[894].

B. Actions en responsabilité civile fondées sur d'autres textes du BGB

31. Le BGB offre **deux autres fondements** pour une action en réparation du dommage. Tout d'abord, un devoir de réparation pèse sur celui qui a causé un dommage à autrui en **violation d'une « loi de protection »** (*Schutzgesetz*) au sens du § 823 al. 2 BGB[895]. Pour que le juge puisse retenir une telle responsabilité, il faut que le demandeur prouve les conditions d'une infraction pénale, telle que des

[892] Rappelons que l'illicéité objective est en principe présumée (v. *supra* n° 12).
[893] V. supra n° 12 et 16.
[894] Comp. G. WAGNER, « Ersatz immaterieller Schäden – Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven », art. préc. (note 864).
[895] V. *supra* n° 13.

violences involontaires prévues par le § 229 du Code pénal allemand[896], ou d'une infraction à une réglementation environnementale[897], par exemple le dépassement des seuils d'émission réglementaires. Or, la simple exposition aux ondes émis par une antenne-relais exploitée conformément à la loi ne pourra être qualifiée de violation d'une loi de protection, sauf à considérer que la création d'un risque (incertain) d'effets nocifs sur la santé puisse être assimilée à une infraction pénale.

32. Les §§ 836 à 838 BGB prévoient une **responsabilité objective du fait des bâtiments tombant en ruine**. Si une antenne-relais peut aisément être qualifié de bâtiment[898], il est cependant inconcevable qu'un juge saisi d'une action en responsabilité assimile l'émission d'ondes électromagnétiques à une ruine du bâtiment.

C. Actions en responsabilité civile fondées sur des textes spéciaux

33. Les riverains peuvent encore invoquer des régimes de responsabilité objective prévus en dehors du BGB, dans des textes non codifiés. On peut tout d'abord penser à la loi sur la **responsabilité du fait des produits défectueux** (*Produkthaftungsgesetz*) qui prévoit, dans son § 1 al. 1[er], un devoir de réparation qui pèse sur le fabricant d'un produit dont le défaut a provoqué une atteinte à l'intégrité physique, à la santé ou à un autre bien. Dès lors que les riverains parviennent à démontrer une telle atteinte, il leur faudra prouver le caractère défectueux de l'antenne-relais, laquelle peut être qualifiée de produit (*Produkt*) au sens de la loi[899].

À la réflexion, la preuve du défaut du produit soulève sensiblement les mêmes difficultés que la preuve de la causalité entre l'exploitation de l'antenne-relais et la dégradation de l'état de santé. En effet, il faut établir que le produit ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, par exemple

---

[896] « Celui qui, par négligence, cause des blessures à autrui, sera puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 3 ans ou d'une peine d'amende. »

[897] Ce qui n'est pas caractérisé dans le cas d'espèce.

[898] G. WAGNER, in : *Münchener Kommentar BGB*, t. 5 : *Schuldrecht II*, 6[e] éd. 2013, § 836, n° 7 (« Gebäude ist das Bauwerk einschließlich sämtlicher Anbauten oder Erweiterungen wie zB *Sendeantennen*, Balkone und Loggien. » [italiques de l'auteur])

[899] En ce sens Tribunal régional supérieur de Dresde, 7 mars 2013, réf. 10 U 1953/11, préc. (note 887).

parce que son utilisation entraîne des effets négatifs sur la santé[900]. Seul à avoir été saisi de cette question, le tribunal régional supérieur de Dresde a refusé d'admettre, en l'absence de dépassement des seuils d'émission réglementaires, le caractère défectueux au sens de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux[901].

34. Les plaideurs peuvent également intenter une action en réparation du dommage sur le fondement de la **loi sur la responsabilité environnementale** (*Umwelthaftungsgesetz*). Le § 1er de ce texte institue une responsabilité objective de l'exploitant d'une installation classée. Pour que cette action puisse aboutir, il faut cependant qu'une antenne-relais puisse être qualifiée d'« installation » (*Anlage*) au sens de la loi. Or, la loi énumère, dans son annexe n° 1, les installations visées par cette disposition[902], c'est-à-dire essentiellement des sites industriels, des centrales d'énergie et autres usines chimiques, les antennes-relais n'en faisant pas partie.

35. Enfin, **une antenne-relais pourrait encore être assimilée à une installation dangereuse** au sens du § 2 de la loi sur la responsabilité civile (*Haftpflichtgesetz*)[903]. Ce texte vise les sites et les installations qui assurent la distribution d'électricité, de gaz, de vapeurs ou de liquides[904]. Néanmoins, ce fondement paraît, lui aussi, dénué de pertinence. En effet, une antenne-relais n'est pas conçu pour transporter de l'électricité, mais pour émettre des ondes, lesquelles ne sont pas visées par cette loi.

---

[900] V. § 3 ProdHG (ce texte est l'équivalent de l'article 1386-4 du Code civil).

[901] Tribunal régional supérieur de Dresde, 7 mars 2013, réf. 10 U 1953/11, préc. (note 887). – Le recours en révision devant la Cour fédérale de justice a été rejeté récemment (15 avril 2015, réf. VI ZR 145/13).

[902] Annexe 1 de la loi (relative au § 1).

[903] Cette loi porte un intitulé qui peut prêter à confusion. Loin de contenir l'ensemble des règles sur la responsabilité civile, la *Haftpflichtgesetz* institue seulement des cas particuliers de responsabilité objective. – Sur cette loi, v. en particulier W. FILTHAUT, *Haftpflichtgesetz*, 9e éd. 2015, Einleitung, n° 1.

[904] Selon le texte, « wird durch die *Wirkungen von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten*, die von einer Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlage oder einer Anlage zur Abgabe der bezeichneten Energien oder Stoffe ausgehen, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen » (italiques de l'auteur).

D. Action en cessation et en élimination du trouble

36. Face aux difficultés d'établir les conditions d'une action aux fins de réparer un dommage, les riverains pourraient être tentés de délaisser le terrain de la responsabilité civile pour agir **en élimination et en cessation du trouble** sur le fondement de la théorie des **troubles anormaux de voisinage** (§§ 1004 et 906 BGB). Le succès d'une telle action est avant tout subordonné à la preuve de **l'existence d'un trouble**[905]. En l'espèce, les demandeurs se plaignent de l'impossibilité d'user de leur immeuble dans des conditions normales, car la proximité de l'antenne-relais causerait aux occupants des maux de tête et un risque de cancer élevé. Se recoupant partiellement, la preuve de l'atteinte à la santé et celle d'un trouble au sens du § 1004 BGB paraît malaisée. En l'état actuel de la science, il sera en effet difficile de relier l'émission des ondes électromagnétiques aux maux de tête et, partant, à une utilisation restreinte des immeubles occupés par les riverains.

37. À supposer l'existence du trouble établie par les demandeurs, il faut encore que ce **trouble** soit **illicite**. Il ne doit donc pas seulement être insignifiant[906] et le demandeur ne doit pas être obligé de le supporter (§ 1004 al. 2 BGB). Un tel « devoir de tolérance » (*Duldungspflicht*) peut résulter, comme nous l'avons vu, de l'existence de servitudes (*Dienstbarkeiten*) ou d'autorisations administratives[907].

Dans une **décision remarquée de 2004**, la **Cour fédérale de justice** a jugé que l'exploitation d'une antenne-relais conformément à la réglementation en vigueur fait en principe obstacle à la démonstration d'un trouble qui puisse ouvrir droit au démantèlement de l'antenne[908]. Selon cette décision, l'observation ou le non-respect de seuils réglementaires ont une valeur indicative (*Indizwirkung*) particulièrement forte pour apprécier l'existence d'un « inconvénient insignifiant » ainsi que le dépassement du seuil de tolérance imposé aux riverains. Si le juge civil n'est pas directement lié par les décisions de l'autorité publique, l'existence d'une autorisation administrative, régulièrement octroyée pour permettre

[905] Rappelons que le trouble au sens du § 1004 BGB se définit comme « l'usurpation par une personne de la sphère de propriété d'autrui ». V. *supra* n° 22.
[906] V. *supra* n° 23.
[907] V. *supra* n° 24.
[908] Cour fédérale de justice, 13 février 2004, réf. V ZR 217/03, *NJW* 2004, p. 1317 ; *JZ* 2004, p. 1083, note A. RÖTHEL ; *DWW* 2004, p. 143, note H. DALLMER.

l'installation d'une antenne-relais, et le respect des seuils réglementaires justifient cependant une attribution de la charge probatoire aux riverains. Selon la cour, il appartient en effet à ces derniers de produire des éléments nouveaux qui laissent penser que l'appréciation des risques liés à l'implantation d'une antenne-relais mérite d'être soumise à un réexamen.

38. Au grand dam des associations de lutte contre la pollution électromagnétique, cette solution de 2004 n'a jamais été remise en cause par la Cour fédérale de justice, ni par les juridictions inférieures[909]. Face à la constance de la jurisprudence, le nombre d'actions intentées par les riverains d'antennes de téléphonie mobile semble commencer à décroître lentement.

E. Action en retrait de l'autorisation administrative

39. Une dernière voie de droit ouverte aux demandeurs est le **recours en annulation (*Anfechtungsklage)* de l'autorisation administrative** octroyée à l'opérateur de téléphonie mobile. Proche du recours pour excès de pouvoir du droit français, ce recours est fondé sur le § 42 al. 1er du Code de procédure administrative (VwGO) et sa recevabilité est soumise à l'exercice préalable d'un recours gracieux auprès de l'autorité administrative ayant édicté l'acte attaqué[910].

40. Une fois le recours déclaré recevable devant les tribunaux administratifs, le demandeur devra prouver que l'acte attaqué est non conforme à la loi, que ce soit sur le plan formel ou substantiel. S'agissant de la **non-conformité substantielle** (qui, seule, nous intéresse ici), il pourrait arguer d'une violation du § 35 al. 3 du Code de la construction (*Baugesetzbuch*) en vertu duquel l'administration est tenue de prendre en compte les effets environnementaux de l'installation envisagée avant d'octroyer l'administration requise. Cependant, plusieurs tribunaux administratifs ont décidé que l'exploitation d'une antenne-relais dans le respect de la réglementation en vigueur n'entraîne pas d'effets nocifs sur la santé des riverains et qu'il ne saurait donc être reproché à l'administration d'avoir méconnu l'impératif

[909] V. en dernier lieu Tribunal régional supérieur de Dresde, 19 mars 2013, réf. 9 U 1265/12, *MMR* 2013, p. 475. V. aussi Tribunal régional supérieur de Munich, 29 octobre 2009, réf. 3 U 3092/09, *BayVBl* 2010, p. 733, obs. K. KNIEP.
[910] Il s'agit de la procédure dite *Widerspruchsverfahren*, régie par le § 68 VwGO.

de protection de la santé édicté par le Code de la construction[911]. Pour justifier une telle position, les juges administratifs se réfèrent à l'analyse de la Cour fédérale de justice et à l'alignement du seuil de tolérance imposé aux riverains sur les normes environnementales édictées en matière d'émission d'ondes électromagnétiques[912].

F. La place limitée des actions collectives en droit allemand

41. Le droit processuel allemand ne connaît que **très peu de moyens juridiques** permettant d'agir collectivement en réparation du dommage, élimination du trouble ou en retrait de l'autorisation administrative. La **jonction d'instances** (*Streitgenossenschaft* et *Prozessverbindung*) permet à une pluralité de demandeurs ou de défendeurs de réclamer un traitement conjoint de plusieurs procédures[913]. Par ailleurs, **les associations disposent d'un droit d'action pour défendre des intérêts collectifs** (*Verbandsklage*) dans le domaine de la protection de l'environnent et des consommateurs. Ces deux instruments procéduraux ne sont cependant guère intéressants pour les riverains d'antennes-relais désireux d'introduire un recours collectif à l'encontre de l'opérateur de téléphonie mobile pour obtenir satisfaction de leurs intérêts individuels. Si le droit allemand commence tout juste à s'ouvrir au concept d'action de groupe[914], force est de constater que les réformes récentes n'ont pas touché le droit de l'environnement. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'un exercice collectif des droits des riverains se heurte, en dernier lieu, aux obstacles probatoires dont nous avons fait état précédemment.

---

[911] V. par exemple Tribunal administratif de Fribourg-en-Brisgau, 12 décembre 2012, réf. 1 K 2696/10 (non publié) ; Tribunal administratif d'Arnsberg, 20 mai 2010, réf. 7 K 2742/09 (non publié) ; Cour administrative de Hesse, 19 février 2010, réf. 4 B 2266/09, *Agrar- und Umweltrecht* [AUR] 2010, p. 187 ; Tribunal administratif de Munich, 20 janvier 2010, réf. M 11 SN 09.4507 (non publié) et Tribunal administratif de Coblence, 12 août 2008, réf. 1 L 847/08 (non publié).

[912] V. par exemple Cour administrative de Bavière, 14 mai 2012, réf. 15 ZB 12.507 (non publié).

[913] V. §§ 59, 60 et 147 Code de procédure civile (ZPO).

[914] Une procédure collective a été instituée par une loi du 1er novembre 2005. Elle ne concerne cependant que les actions en justice relatives à la demande de dommages et intérêts en raison d'informations financières fausses, insuffisantes ou trompeuses. Sur cette action en langue française, v. F. KIPIANI, « De la nécessité d'une action collective en droit administratif français – Éléments de droit comparé », *JCP G* 2013, n° 190, spéc. n° 9.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME MAXIME D´ACTION EN DROIT DE L´ENVIRONNEMENT ET DE LA SANTÉ AINSI QUE SES RÉPERCUSSIONS SUR LE DROIT PÉNAL ALLEMAND

Christian Jäger
Professeur à l'Université de Erlangen-Nürnberg (Allemagne)

I. Introduction

1. Les origines du principe de précaution remontent loin dans le temps. Tout d´abord, ce principe a correspondu à une idée politique fondamentale débutant durant les années 1960 et se poursuivant au début des années 1970 du siècle dernier, employant comme réponse aux menaces pour l´environnement ce principe de précaution. Cependant, ce principe de précaution n´est pas demeuré exclusivement une idée directrice en politique mais il fut également admis dans les années 1980 en droit international et plus tard, en 1992, dans le traité de Maastricht en entrant dans le droit primaire de l'Union européenne (UE) en tant qu´objectif de la politique environnementale commune. Dans la majorité des États membres de l´UE, le principe de précaution est compris de la manière suivante, à savoir uniquement comme un moyen de légitimer la prévention dans le cas d´incertitudes scientifiques. Par contre, en Allemagne, le principe de précaution comprend d´un côté un rapport au risque mais aussi à l´économie des ressources.

2. Le développement du principe de précaution a connu une évolution très différente dans les différents États membres de l´EU. Dans le présent exposé, il sera seulement rapidement question de la mise en place du principe de précaution en France, en Suède et en Grande-Bretagne. C´est la manifestation de ce principe de précaution en Allemagne qui va être au premier plan de cette analyse.

II. Le principe de précaution en Europe

A. La mise en place du principe de précaution en France

3. Le principe de précaution n´a joué dans un premier temps absolument aucun rôle en France, celui-ci était même jusqu´au début des années 1990 un concept inconnu.[915] Tout d´abord, c´est lorsque le principe de précaution a acquis une reconnaissance internationale, que la maxime d´action s´est aussi imposée en France, ensuite, elle a été fixée par la loi Barnier du 2 février 1995 dans l´article L. 200-1 du Code rural.[916] Co-responsable pour la mise en place de ce principe en France, a aussi été la réflexion de résumer et standardiser les principes du droit de l´environnement dans des dispositions légales générales. Ceci a conduit, après conclusion des travaux autour du Code de l´environnement, le 18 septembre 2000, à ce que les principes environnementaux du Code rural ont glissé dans l´article L. 110.1 du Code de l´environnement. Cet article s´inspire du principe 15 de la déclaration de Rio et fixe que, « le principe de précaution, selon lequel l´absence de certitudes, compte tenu de des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l´adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l´environnement à un coût économiquement acceptable ».[917] En France, il n´a pas été clair, au départ, de déterminer si le principe de précaution devait être compris comme un principe d´action non vérifiable ou si une transformation concrète des obligations légales était nécessaire pour son application. Ainsi, le Conseil constitutionnel a constaté en 2001, qu´aucun rang constitutionnel ne doit être reconnu au principe de précaution.[918] Avec l´adoption de la Charte de l´environnement, nommé Code de l´environnement, le principe de précaution a tout de même été doté d´un rang constitutionnel, la 1er mars 2005. Ceci est dû au fait que le Charte de l´environnement a été jointe à la Constitution de 1958, à la Déclaration des droits

[915] Cf. *E. Rehbinder*, Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich 1991, p. 121; et aussi *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 51.
[916] *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 50 et suivantes.
[917] Cf. Art. 110-1 paragraphe 2 n° 1 Code de l'environnement: cf. *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 51 voir note 12.
[918] Conseil constitutionnel, Décision Nr. 2001-446 DC, du 27. Juni 2001. Démontré par *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 53 voir note 9.

de l´Homme et du citoyen de 1789 ainsi qu´au préambule de la Constitution de 1946. En même temps, le principe de précaution est règlementé dans l´article 5 du Code de l´environnement comme suit ; «lorsque la réalisation d´un dommage, bien qu´incertaine en l´état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l´environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d´attributions, à la mise en œuvre des procédures d´évaluation des risques et à l´adoption de mesures provisoires et proportionnées, afin de parer á la réalisation du dommage.»[919]

4. Ensuite, il est fait appel à l´article 5 du Code de l´environnement, lorsqu´il s´agit de dégâts causés à l´environnement, l´article 5 du Code de l´environnement ne concerne cependant pas la protection de la santé. Il est aussi exigé que des dommages lourds et irréversibles menaçant l´environnement, ainsi tous les dangers, ne vont pas engager l´intervention du principe de précaution. L´article 5 du Code de l´environnement exige également l´existence d´une incertitude scientifique. Ensuite un soupçon fondé est nécessaire, qui sous-entend que la survenance du dommage est imminente. De pures hypothèses ou spéculations ne suffisent pas. Le destinataire du principe de précaution n´est pas seulement le pouvoir législatif, mais aussi le pouvoir exécutif dans son ensemble, de telle manière que fondamentalement, chaque service de l´État est tenu de respecter le principe de précaution pour toute décision objective ou locale concernant une autorisation précise. À la différence de l´article L 110-1 du Code de l´environnement, qui exige l´application du principe de précaution par le biais de compétences législatives concrètes, l´article 5 du Code de l´environnement est immédiatement applicable, de telle manière qu´il n´a pas besoin d´habilitation législative complémentaire. L'article 5 du Code de l´environnement est ainsi une autorisation d´action directe avec un rang constitutionnel qui établit ainsi une obligation immédiate d´application du principe de prácaution.[920]

[919] Cf. *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 54, voir note 2.
[920] Cf. Assemblée Nationale, Nr. 1595, démontré par *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 60 voir note 19.

B. La mise en place du principe de précaution en Suède

5. En Suède, l´idée de la précaution a, au départ, trouvé son fondement dans une proposition du ministère de la justice pour la loi sur la lutte contre les pollutions de 1966. Trois ans plus tard, cette pensée du principe de précaution a été ancrée dans la loi suédoise sur la protection de l´environnement de 1969,[921] toutefois le concept de précaution n´a pas été explicitement nommé dans ce texte de loi. Le principe de précaution est plutôt à déduire de mesures préventives particulières, qui doivent être respectées, afin d´obtenir des autorisations pour des activités qui représentent potentiellement une menace pour l´environnement. La loi sur la protection de l´environnement ancre, en particulier, que dans les cas de crainte d´impact négatif sur l´environnement, malgré le respect des mesures de précaution nécessaires, une telle activité puisse être exercée seulement si des raisons particulières existent. Dans ce type de cas, cependant, il doit être tenu compte dans le choix du lieu d´exercice de l´activité, qu´une perturbation de l´environnement soit réduite aux impacts minimaux. Dans son ensemble, le principe de précaution a été, en Suède, énoncé uniquement comme une ligne directrice globale dans la loi sur la protection de l´environnement, de manière à ce qu´il fallait prendre des décisions issues de l´interprétation de la législation générale.

6. En droit des produits chimiques, le principe de précaution était au contraire beaucoup plus fortement prononcé. Dans cette matière, il a été règlementé plus tôt, qu´aussi bien dans l´usage des produits chimiques qu´en ce qui concerne leur import, les mesures préventives nécessaires doivent être prises, qui garantissent une exclusion des effets néfastes pour les humains ainsi que pour l´environnement. Même dans le cas de simple présomption d´effets néfastes, une telle obligation a existé dès le départ dans la législation suédoise sur les produits chimiques.[922] Également dans la loi la plus récente sur les produits chimiques de 1986, il est fixé que l´absence totale de risque concernant une substance, en cas de doute, doit être prouvée par les industries elles-mêmes, ce qui règlemente la répartition du poids de la preuve à la charge des industries. En matière de législation des produits

[921] *A. Nielsson*, in Environmental Law, in: M. Ogdan (Hrsg.), Swedishlaw in the New Milenium, 2000, p. 453.
[922] Swedish Committee on New Guidelines on Chemicals Policy, SOU 2000: 53, p. 65, démontré par *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 45.

chimiques, le principe de précaution est ancré de manière claire et constitue un élément essentiel de la conception juridique suédoise.

7. Le premier janvier 1999, un nouveau Code de l´environnement est entré en vigueur en Suède, par le biais duquel le principe de précaution est devenu un élément à part entière du droit de l´environnement suédois, en prenant la forme d´une obligation explicitement règlementée. Les dispositions législatives de l´ancienne loi sur la protection de l´environnement de la loi sur les produits chimiques ont été transférées et le principe de précaution a été inclus dans cette nouvelle loi, sous la forme de règles de protée générale.[923] L´élément central dans cette matière est contenu dans le chapitre 1 paragraphe 3 du Code de l´environnement, qui en fin de compte est issu du paragraphe 5 de la loi sur la protection de l´environnement. Selon celle-ci, celui qui a l´intention d´exercer une activité, doit prendre des mesures de précaution, respecter les restrictions liées à cette activité et prendre tout autre mesure de précaution ou de prévention, qui puisse mener à l´empêchement ou la limitation de nuisances ou préjudices pour la santé humaine ou l´environnement.[924] Déjà en cas de présomption de préjudices, l´exigence de la prise de mesures préventives est présente, bien que cette règle, selon l´avis du gouvernement suédois, est comprise conne un principe fondamental du Code de l´environnement.

C. La mise en place du principe de précaution en Grande-Bretagne

8. L´idée d´un principe de précaution en Grande-Bretagne, n´a pas été existante pendant une longue période et a été explicitement réfutée, notamment dans le cadre de débats concernant les directives européennes.[925] La raison en est principalement, qu´en Grande-Bretagne règne la conception selon laquelle des interdictions et obligations peuvent seulement être formulées, des lors qu´il existe

[923] Cf. Ministry of Environment, The Swedish Environmental Code – Resumee of the Text of the Code and related Ordinances, 2001, p. 4.
[924] Cf. *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 48.
[925] *Rehbinder*, Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich (Le principe de précaution en comparaison internationale), 1991, p. 91; *Salzwedel*, Umweltschutz (La protection de l´environnement), dans: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. édition 2006, § 97 voir note 9; également dans *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 61.

suffisamment de connaissances scientifiques concernant les nuisances potentielles sur l´environnement, et également en matière de droit de l´environnement. C´est seulement à la fin des années 1980 et au début des années 1990 du siècle dernier que le principe de précaution est apparu, principalement dans des déclarations politiques. Jusqu'à l´heure actuelle, les principes liés à la précaution ne sont toujours pas évoqués de manière explicite dans les lois sur l´environnement en Grande-Bretagne. Ceux-ci sont seulement nommés dans les actes juridiques de transposition des directives européennes.

9. Le principe de précaution ne joue également et jusqu´à l´heure actuelle aucun rôle déterminant dans la jurisprudence en Grande-Bretagne. Les tribunaux ont évoqués ce principe dans divers cas et reconnaissent celui-ci, également dans le domaine de l´administration. Cependant, un contrôle étendu par les tribunaux des décisions du gouvernement concernant le respect du principe de précaution est principalement rejeté.[926]

D. La mise en place du principe de précaution en Allemagne

10. Le principe de précaution n´est pas uniquement une ligne directrice au niveau de l´UE et international. Ce principe détermine plutôt la politique environnementale allemande de manière très étendue. Celui-ci joue en particulier un rôle central dans la prise de décisions en matière de politique environnementale. Déjà dans le rapport environnemental de 1976 et dans les lignes directrices sur la prévoyance en matière d´environnement de 1986, le gouvernement fédéral allemand a déclaré le principe de précaution comme principe d´action de sa politique environnementale. Ceci coïncide avec la politique environnementale de l´UE, selon laquelle le principe de précaution est contenu dans l´article 191 du Traité sur le fonctionnement de l´UE (TFUE). La coïncidence existe également au niveau international, car les États participants à la Conférence des Nations Unies sur l´environnement et le développement de 1992 ont annoncé l´application du principe de précaution pour la protection de l´environnement. Finalement, le principe de précaution correspond aussi à des conventions de droit international, comme

[926] Cf. *E. Fisher*, Is the Precautionary Principle Justiciable?, JEL 13 (2001), 315 f.; démontré par *Birger Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht (Le principe de précaution en droit de l´UE), p. 64.

par exemple, le Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et la Convention sur la protection du milieu de l´environnement marin de l´Atlantique du Nord-Est (OSPAR).

11. En Allemagne, le principe de précaution est un des principes majeurs en droit allemand de l´environnement. Il est règlementé à l´article 34 paragraphe 1 du Traité d´unification et y constitue une obligation du législateur envers lui-même, de telle manière que le principe de précaution fait partie intégrale du droit national en vigueur. De plus, le principe de précaution dérive de l´article 20a de la Loi fondamentale allemande qui charge l´État de porter la responsabilité de préserver les réserves naturelles pour les générations futures, ce qui comprend aussi la prévoyance, au-delà de la lutte contre les risques. L´article 20a de la Loi fondamentale allemande reste pour autant uniquement un alinéa constitutionnel, duquel les citoyens ne peuvent faire dériver aucun droit subjectif immédiat. En Allemagne, la pensée préventive a été pour la premières fois établie juridiquement dans la loi sur l´énergie atomique de 1959. Selon cette loi sur l´énergie atomique, il est nécessaire que les autorisations concernant une infrastructure atomique soient prises en connaissance de l´avancée de la science et de la technique et de l´expertise préalable des risques de nuisances causées par l´installation de l´infrastructure ainsi que son fonctionnement. Dans la littérature, il en est déduit, qu´ainsi pour la première fois une obligation concernant la prévention des risques a été règlementée.[927] Avec la Loi fédérale de protection contre les nuisances de 1974, le principe de précaution a, en tout cas, été pour la première fois règlementé par le législateur allemand. Selon cette loi, la prévention va jusqu´à ce que les émissions d´une infrastructure ne puissent se diffuser sur la propriété voisine. De plus, le principe de précaution est aussi énoncé dans d´autres nombreuses lois relatives à l´environnement, par exemple en droit allemand sur les produits chimiques et également ancré dans la loi allemande sur le génie génétique. Le principe de précaution a aussi une importance toute particulière dans la législation alimentaire allemande, car selon les règlementations en vigueur dans cette matière, il faut faire ne sorte de prévenir tout risque pour la santé qui pourrait être causé par un aliment, afin d´assurer une protection par anticipation de la santé. Une telle conception de la pensée préventive est également comprise dans la loi allemande sur les médicaments et

[927] Cf. *Marburger*, Atomrechtliche Schadensvorsorge (Prévention contre les dommages en droit sur l´énergie atomique), 1983, p. 64 et suivantes.; *Ronellenfitsch*, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren (La procédure d´autorisation en droit sur l´énergie atomique), 1983, p. 325 et suiv.

les produits pharmaceutiques, puisqu´une procédure d´autorisation de mise sur le marché peut en principe être refusée en cas de présomption de nocivité. La loi lie ainsi à l´heure actuelle dans de tels cas, de manière explicite, un provisionnement pour les risques.

12. Dans ce cadre, le principe de précaution dispose en Allemagne d´une double teneur :
Premièrement, il s´agit de la prévention relative aux ressources naturelles, qui a pour cible la préservation de celles-ci pour les générations futures et comme contenu, qu´il est nécessaire d´agir avec précaution, afin de préserver les moyens de subsistance du futur. La précaution consiste également à la création et la préservation d´espaces libres, au travers desquels d´une part les espaces de vie futurs sont assurés et d´autre part les réserves de capacités doivent être préservées pour les utilisations industrielles futures.
Dans un second sens, le principe de précaution dispose d´une signification liée aux risques. Selon cette conception, le risque doit être présent, non pas lorsqu´une potentialité suffisante existe, mais dès lors que la possibilité d´un dommage subvient. La précaution signifie dans ce cas une prévention sous conditions, compromettant la sécurité. Avant tout dans le cadre de la précaution environnementale, les cas dans lesquels un soupçon de danger se présente seront couverts par le principe de précaution. Ainsi, il convient de prendre des mesures de précaution dans des cas où certains indices en faveur d´un potentiel danger existent, le pronostic de dangerosité n´étant qu´atteint de manière peu sûre, du fait de l´état des expériences et des connaissances scientifiques. C´est justement en droit atomique et en droit fédéral allemand sur la protection contre les immissions que le principe de précaution se construit sur de tels dommages potentiels.

III. Conséquences pénales découlant du principe de précaution

A. Le niveau européen

13. Les dispositions de l´UE concernant l´organisation concrète de faits incriminables ne sont pas rares. Il existe en partie des instructions littérales détaillées, qui sont ensuite transposées par chacun des États membres de l´UE. Ainsi, il est attendu que l´État membre ne dispose plus d´aucune

compétence quant à la formulation des éléments constitutifs de l´infraction, dans ce type de cas. Même en ce qui concerne la détermination du quantum de la peine, des standards minimaux sont indiqués.[928]

14. Tant qu´une marge de manœuvre demeure pour les États membres, dans la prise de sanctions, cette formulation des éléments constitutifs de l´infraction à l´échelle de l´UE est acceptée par la doctrine dominante, dès lors que l´organisation de ces éléments constitutifs est en adéquation avec les principes constitutionnels nationaux.[929] Toutefois, en Allemagne, une corrélation directe entre des sanctions pénales et le principe de précaution est considéré comme irrecevable, étant donné que ces prescriptions ne sont pas à la satisfaisantes à une qualification pénale suffisante.

B. Le principe de précaution comme point de d´ancrage inutilisable pour des sanctions pénales en Allemagne

1/ La causalité de l´action

15. Tout d´abord, lors de la détermination d´un caractère punissable en partant du principe de précaution, la causalité de l´action peut être problématique pour le succès. En effet, selon le droit allemand, la personne qui viole le principe de précaution est coupable seulement pour une atteinte causale, lorsqu´il n´est pas possible de faire abstraction de son action (commercialisation d´un produit dangereux), sans que cela ne puisse lui avoir échappé avec une probabilité à la limite de la certitude.[930] Dans la mesure où il n´est ni clairement possible de savoir si un produit peut conduire à des dommages pour la santé, ni possible de déterminer *a posteriori*, qu´une substance a réellement causé des dommages, alors aucun lien de causalité ne peut être ni établi ni reconnu. En effet, cela n´a plus à voir avec la notion de sécurité indispensable, que les dommages sur la santé aient un lien avec la commercialisation du

[928] Cf. *Böse*, RAE-LEA 2001 – 2002, p. 103 et suivantes; *Tiedemann* NJW 1993, 26; *Kühne* JZ 1998, 1070; *Dannecker* ZStW 117 (2005), 724.
[929] *Dannecker* avant-propos. p. 725.
[930] Cf. *Rudolphi/Jäger*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor § 1, point 61 et suivantes.

produit. La simple hypothèse selon laquelle le dommage aurait été causé par telle ou telle autre substance ne suffit pas à établir un lien de causalité.

2. La position de garant et la négligence

16. En outre, la constatation d´une position de garant et d´une négligence est également un domaine qui pose des problèmes.

17. *Dannecker* attire l´attention sur le droit des produits alimentaires, en ce qui concerne le principe de précaution, qui est soumis à l´harmonisation européenne par le biais de règlement européen nommé règlement de base. Dans l´article 14 paragraphe 1 du règlement de base est ancré l´interdiction de mise sur le marché de produits alimentaires étant potentiellement dangereux. Dans ce cadre règne l´unanimité sur le fait qu´également des produits alimentaires présentent un risque pour la santé, même lorsqu´ils ne constituent qu´un danger potentiel. Sur ce point, les articles 14 paragraphe 2 et 14 paragraphe 4a du règlement de base fixent que non seulement les conséquences probablement immédiates, à court terme ou à long terme des produits alimentaires sur le consommateur sont décisives, mais aussi les répercussions sur les générations futures. Dans ce sens, l´article 14 du règlement de base réunit le principe des risques et des ressources et de cette manière est l´expression même du principe général de précaution.[931] L´application du principe de précaution consiste ici dans le fait que des obligations et interdictions juridiques soient associées à des incertitudes. Les entreprises du secteur alimentaire doivent ainsi renoncer à la mise sur le marché de produits alimentaires, dont les effets néfastes sont seulement potentiels, sans qu´une sûreté scientifique existe les concernant. Ainsi, en droit pénal allemand, on part du principe qu´un tel déplacement vers l´avant de la protection de la santé, comme motif pour des sanctions pénales ne peut valoir, car les conditions relevant de l´état de Droit quant à la prévisibilité de la culpabilité tout comme la qualification de la norme pénale, ne sont pas remplies.[932]

[931] Cf. *Dannecker* avant-propos qui se fonde sur *Holle* ZLR 2004, p. 307 et suivantes; *Böhm* ZLR 2000, 241.
[932] *Kühne* ZLR 2001, 379; *Dannecker* ZLR 2009, 25 et suivantes.

18. Cette problématique gagne d´autant plus d´importance, puisque la commission européenne considère le principe de précaution comme un principe de portée générale dans le domaine de l´environnement et de la santé.[933] La précaution doit ainsi être garantie dans tous les cas où le fondement d´une expertise scientifique objective préalable entraine une raison valable de se faire du souci concernant un potentiel danger pour la santé ou l´environnement.

19. Comme il s´agit, dans le cadre de ce principe de précaution en Allemagne selon l´opinion majoritaire et également dans l´ancrage légal seulement d´engagements politiques théoriques, il n´est pas possible de lier des obligations ou interdictions avec un caractère punitif. Il est ainsi considéré comme inquiétant qu´un soupçon de la part de l´entreprise quant à une potentielle incertitude d´un produit alimentaire suffise pour le contraindre d´être retiré de la vente, selon l´article 19 du règlement de base. Si la volonté primaire issue de cet article était de pouvoir prendre des sanctions pénales en cas d´abstention du rappel du produit, cela conduirait à un droit pénal allemand qui serait basé sur des engagements seulement politiques et théoriques. Pour une obligation de rappel pénale selon le droit allemand, une position de garant serait nécessaire, puisque le coupable d´un délit d´omission ne voit sa responsabilité être engagée que dès lors qu´il dispose d´une obligation d´agir. Et c´est précisément cette position de garant qui ne se laisse pas déduire de l´article 19 du règlement de base, puisqu´une incertitude liée un engagement politique de portée générale et théorique n´est pas apte à créer des obligations concrètes. Sinon on viendrait à l'encontre du principe de détermination des éléments constitutifs, qui est en Allemagne une condition préalable pour toute sanction pénale (article 103, § 2 de la Loi fondamentale allemande et art. 1 du code pénal allemand[934]). Il serait donc nécessaire, qu´il existe des normes concrètes de sanctions, qui mettent en application ce principe de précaution. Il faudrait ainsi des normes juridiques en tant que base pour une sanction pénale qui existerait sous forme des mesures concrètes, comme par exemple la délivrance de décisions administratives, à la violation desquelles une menace de

[933] Communication de la Commission: L´application du principe de précaution *(Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips*), KOM (2000) p. 1, du 02.02.2000.
[934] Cf. *Rudolphi/Jäger*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor § 1, point 61 et suivantes.

sanction serait liée.[935] Ceci est aussi une raison pour laquelle en Allemagne aucune conséquence pénale ne peut être liée à la commercialisation de l´amiante. Le simple et vague danger d´une nuisance pour la santé aurait suffit comme expression du principe de précaution, pour provoquer la délivrance d´une décision administrative relative à un rappel, auquel des sanctions pénales auraient pu être liées. Cependant, le programme d´engagement politique général comportant le principe de précaution n´est pas efficace pour une telle sanction, dans le sens du caractère punissable de la négligence, puisqu´il s´agit dans ce cas seulement du caractère politique de ce programme d´engagement.[936] De manière différente à la France, le principe de précaution ne peut être invoqué individuellement par les citoyens comme un droit constitutionnel subjectif, mais il s´agit beaucoup plus d´un mandat constitutionnel, qui nécessite tout d´abord une loi intrinsèque et ainsi une transposition dans le droit pénal allemand.

20. En conséquence, le reproche de la négligence dans le sens d´une obligation juridique, ne se laisse pas dériver du principe général de précaution vers une omission concrète. Il est plutôt nécessaire de disposer de normes concrétisantes, qui décrivent de manière complète et spécifique les exigences de comportement. Seulement dès lors, le principe de détermination des éléments constitutif est suffisamment pris en compte. En droit pénal de l´environnement allemand il existe ainsi les infractions environnementales pénales, qui interdisent de manière préventive les nuisances sur l´environnement.

21. Après tout, l´exigence existe déjà lors de la conception d´obligations et d´interdictions communs, que les États membres de l´UE sont tenus de sanctionner les manquements à leurs devoirs de manière pénale. S´ensuit que des normes de comportement doivent être clairement et précisément formulées pour qu´elles contiennent suffisamment de motifs pour une sanction pénale. Le principe de précaution ne suffit pas dans ce cadre. Il faut exiger que les dispositions législatives, dont les États membres veulent faire dériver les violations sous menace pénale, soient formulées de manière à ce qu´elles suffisent à satisfaire les exigences prévues par la législation communautaire. Le programme politique de portée générale contenant le principe de précaution, qui s´associe aux incertitudes, ne satisfait pas ces exigences.

---

[935] Cf. *Dannecker avant-propos*, p. 726 ; *Dannecker*, in Zipfel/Rathke (dir.), Kommentar zum Lebensmittelrecht, vor §§ 58 ff., point 47 et suivantes.
[936] Cf. Également à cet égard *Dannecker* avant-propos, p. 727.

22. À l´heure actuelle il existe en Allemagne dans de nombreux domaines de telles réglementations concrètes. Par exemple dans le cadre de l´assainissement et de la démolition de bâtiments, il faut prendre en compte l´élimination de l´amiante. Pour cela il existe des directives concrètes portant sur l´amiante, qui doivent être respectées et au non-respect desquelles un caractère punissable est rattaché, par exemple pour négligence ou mise en danger par la construction selon le paragraphe 323 du Code pénal allemand. Ceci n´est cependant pas l´expression du principe général de précaution, mais une observation désormais reconnue et la constatation d´un danger pour la population de par l´exposition à l´amiante. Également les domaines problématiques comme ceux concernant les réserves de sang contaminé dans les hôpitaux ou les implants mammaires défectueux, ne se laissent pas réglementer simplement par l´emploi du principe général de précaution. Dans ces cas, il est seulement important de savoir si l´utilisateur de ce produit possédait une connaissance suffisante de la dangerosité existante, de manière à ce qu´une négligence ou une mise en danger puisse être constatée.

23. Certes, la commission européenne envisage le principe de précaution comme une large palette de mesures préventives, qui comprennent à la fois des projets de recherche scientifique, des recommandations ainsi que des mesures à caractère obligatoire, de manière à ce que la commission européenne au-delà des lois, ait également des actes règlementaires distincts en vue.[937] Cependant, les réserves de loi valent selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l´Union européenne (CJUE) aussi en droit européen en tant que principe général de droit contre les interventions de la puissance publique dans la sphère privée. Pour cette raison, ce principe général du droit parle en défaveur de la possibilité d´introduire des actes règlementaires contraignants et en particulier une pénalisation, tant qu´aucune réglementation supplémentaire n´a envisagé un tel pouvoir d´intervention. Le principe de précaution est ainsi aménagé de manière très préventive quant aux conditions compromettant la sécurité pour une pénalisation, de telle manière qu´il reste trop vague pour être un fondement du droit pénal. Le principe de précaution ne suffit en particulier pas en tant que motif pour des manquements aux obligations tels que des blessures involontaires ou un homicide par imprudence, car il s´agit en Allemagne selon

[937] Cf. *Appel* NStZ 2001, 395.

l´opinion majoritaire d´une incertitude reposant sur un programme d´engagement politique théorique. Si l´on considérait la chose d´une autre manière, ce principe de détermination qui dispose d´une validité absolue en droit pénal allemand, serait alors en contradiction avec le droit pénal. Et s´il en était encore autrement, alors les normes pénales existantes, qui sont liées à l´existence d´un danger concret lors de la punition de négligences en droit de l´environnement ou de la santé, seraient affaiblies par un programme d´engagement politique théorique.

IV. En résumé

24. La raison pour laquelle le principe de précaution ne joue aucun rôle déterminant pour le droit pénal en Allemagne, repose sur un manque de reconnaissance en tant qu´acte juridique contraignant. Force est de constater que les avis sur la teneur normative du principe de précaution diffèrent de manière considérable dans les différents États membres de l´UE. Dans la plupart des systèmes juridiques, le principe de précaution est plus ou moins ancré en tant que principe essentiel ou structurel, même si cela n´est pas évoqué de manière explicite. Les avis divergent également quant à la question de savoir si le principe de précaution est seulement un principe essentiel politique, que le législateur doit prendre en compte ou bien représente un principe prenant forme d´une norme juridique, à partir duquel des droits subjectifs individuels peuvent être déduits. Très vraisemblablement, c´est la dernière option mentionnée qui va être acceptée en France. En effet, la Charte de l´environnement est aménagée comme une norme juridique de portée constitutionnelle qui s´applique immédiatement, ainsi le principe de précaution peut déclencher des droits et obligations directs pour les citoyens, qui peuvent dans certaines circonstances même entrainer des conséquences pénales en tant qu´exigences directes de comportement, tel que la détermination d´obligations de diligence dans l´usage de matières nocives. En Allemagne, comme dans les autres pays d´Europe, le principe de précaution est en effet plutôt envisagé comme un concept politique, de telle manière qu´un effet immédiat du droit pénal est écarté du fait du principe de détermination qui prévaut en droit criminel.

4. ITALIE

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN ITALIE - LE PROBLÈME DES CHAMPS ÉLECTROMAGNÉTIQUES

Michele Cespa[938]

SOMMAIRE. 1. Le principe de précaution dans l'ordre juridique italien - 2. Les champs d'action du principe de précaution : de la protection de l'environnement à la protection de la santé et du consommateur - 3. La réglementation italienne sur les champs électromagnétiques. La précaution entre jurisprudences administrative et civile - 4. Les remèdes du code civil pour empêcher les immissions électromagnétiques - 5. Instruments de protection anticipée contre les immissions électromagnétiques - 6. Les remèdes ex post. Absence d'adoption de mesures de précautions et dommage causé par l'exposition à un facteur de risque

1. Le principe de précaution dans l'ordre juridique italien

1. Au niveau national, la reconnaissance légale du principe de précaution s'est concrétisée avec le décret législatif n° 152/2006 (Code de l'Environnement), dont l'article 301 (« *Mise en œuvre du principe de précaution* »), alinéa 1, énonce : « *En application du principe de précaution visé à l'article 174, paragraphe 2 du Traité CE, en cas de dangers, voire potentiels, pour la santé humaine et l'environnement, un haut niveau de protection doit être assuré* ». Le décret législatif n° 4/2008 a introduit ensuite dans le Code de l'environnement, l'article 3-ter, qui recopie littéralement l'article 174, alinéa 2 du Traité de la Communauté européenne (TCE - à ce jour article 191, alinéa 2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne - TFUE):[939] les

[938] Chercheur postdoctoral en Droit Comparé, Université de Milan.

[939] Selon lequel « La politique de l'Union en matière d'environnement vise à un haut niveau de protection, tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de la

principes de précaution et de prévention, introduits dans les toutes premières dispositions du Code, devraient - du moins en théorie - informer toutes les normes successives en matière de protection de la santé et de l'environnement sur le sol de la nation.[940]

2. Quoi qu'il en soit, il faut remarquer à quel point le principe de précaution est enraciné dans notre ordre grâce à la règle d'origine communautaire (l'article 174, alinéa 2, TCE, transposé en article 191, alinéa 2, TFUE). En référence aux principes généraux du droit international et communautaire, auquel s'apparente sans nul doute le principe de précaution, il faut remarquer l'ouverture constitutionnelle toujours plus manifeste de notre ordre à la transposition de tels principes.[941] Bien que les principes d'information de l'action environnementale puissent être abrogés par des amendements ultérieurs du code de l'environnement, ayant été transposés dans notre ordre juridique par la législation ordinaire, la législation d'amendement devrait toutefois tenir compte de ces principes en tant que règles générales de l'ordre communautaire.[942] Et ce en vertu des arrêts de la Cour constitutionnelle n° 348 et 349 de 2007, et n° 311 et 317 de 2009[943] qui, en matière de droits fondamentaux prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ont bien reconnu leur rang sous-constitutionnel, mais ont également établi que, en cas d'opposition avec la loi ultérieure, le juge commun ne devra pas évoquer la question de la constitutionnalité en référence exclusive au paramètre de l'article 117, premier

précaution et de l'action préventive, sur le principe de la correction, à titre prioritaire à la source, des dommages causés à l'environnement, ainsi que sur le principe du « pollueur payeur » ».

[940] Le décret législatif n° 128/2010 est intervenu pour mettre ultérieurement en œuvre l'*enforcement* des principes d'information de l'action environnementale, en ratifiant au nouveau troisième alinéa de l'article 3-bis que les normes visées au Code de l'environnement pourront être abrogées par des dispositions légales ultérieures, pour autant que soit garanti le respect du droit communautaire (donc implicitement les principes de prévention et de précaution).

[941] V. Onida, *Una common law costituzionale universale*, leçon de l'école de doctorat de Sciences juridiques qui s'est tenue à l'Université de Milan, le 13 mai 2010.

[942] V article 3-bis Code de l'environnement, à présent amendé par le décret législatif n° 128 /2010.

[943] V. *Corr.* Gi*ur.*, 2010, 5, 619, avec une note de R. Conti, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*; pour un *excursus* sur la jurisprudence constitutionnelle en la matière v. L. Salvato, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, dans *Corr. Giur.*, 2011, 3, 333.

alinéa, de la Constitution italienne,[944] mais également à l'article 10, premier alinéa de la Constitution italienne,[945] s'agissant de la CEDH d'une règle conventionnelle recognitive de règles du droit international généralement reconnues (ce qui est aussi le cas du principe de précaution).

3. En fait, il n'est pas attribué de rang constitutionnel à ces principes du droit international : mais notre pays étant lié au respect des obligations internationales, la disposition interne en opposition à de tels principes sera jugée illégale en soi. Selon de tels préceptes et suite à l'article 6 du Traité de Lisbonne, qui a attribué la valeur juridique des traités à la Charte de Nice, notre jurisprudence s'est attachée de plus en plus à affirmer l'applicabilité directe de notre ordre de la CEDH en tant que « droit communautaire », en laissant au juge commun la possibilité d'exclusion du champ d'application des règles internes en opposition aux dispositions de cette dernière.[946]

4. En traçant un *trait d'union* entre les principes de la CEDH et les principes d'information de l'action environnementale, on déduit que (a) l'on peut parler de règles du droit international généralement reconnues pour les deux, (b) toutes deux représentent des obligations internationales auquel notre pays se doit de se conformer, (c) elles constituent également des règles du droit communautaire, contenues dans les traités ou dans des actes de force juridique identique et (d) sont directement applicables dans notre ordre, avec la possibilité pour le juge interne, d'exclusion de l'application de la règle interne en contradiction avec ces principes.

---

[944] Selon les dispositions duquel *"L' autorité législative est exercée par l' État et par les Régions dans le respect de la Constitution, ainsi que des contraintes imposées par l'ordre communautaire et par les obligations internationales"*.

[945] Selon les dispositions duquel *"L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues"*.

[946] V. Cons. d'État, IV chb, 2 mars 2010 n° 1220, dans *Guida al diritto* 2010, 14, 88; TAR Latium, chb, II chb bis, 25 mai 2010 n° 11984, dans *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2010, I, 1349; Cass. Civ., III chb, 2 février 2010 n° 2352, dans *Foro it.* 2010, 4, I, 1145.

5. En ce qui concerne ensuite le principe de précaution, il faut remarquer que la jurisprudence italienne a reconnu son applicabilité directe dans notre ordre au titre de règle du droit communautaire,[947] mais a également établi sa prescriptibilité immédiate. Il suffit de songer à la décision du Tribunal administratif régional du Trentin Haut Adige n° 93 du 25 mars 2010, [948] selon laquelle"L'obligation juridique d'assurer un « haut niveau de protection de l'environnement » par l'adoption des meilleures technologies disponibles et fondée sur l'article 174 du Traité CE, est destinée à anticiper la protection, puis à s'y préparer en siège législatif, à partir du moment où se profile à l'horizon un dommage à réparer afin de le prévenir, dans la mesure du possible, et de le limiter en application du principe de précaution. La pertinence de ce dernier principe général, qui est, en tant que telle, directement impérative pour toutes les administrations publiques, s'est vu amplement reconnue par les organes communautaires, bien qu'elle ne soit mentionnée dans le Traité qu'en rapport à la politique environnementale, surtout dans le secteur de la santé, avec une valeur non seulement programmatique, mais directement impérative dans le cadre des ordres nationaux, contraints de les appliquer, s'il subsiste des incertitudes sur l'existence et la portée des risques pour la santé humaine. Dans ce cas, en effet, les institutions communautaires peuvent prendre des mesures de protection sans devoir attendre que soient démontrées de manière approfondie la réalité et la gravité de tels risques ».
(TAR Trentin Haut Adige, n° 9 du 25 mars 2010, *Red. Amm. TAR* 2010, 03)

6. La même décision a affirmé la prescriptibilité immédiate du principe de précaution eu égard non seulement à l'activité du législateur, mais surtout à celle des administrations publiques : la force immédiate du principe en impose un respect tout aussi immédiat et une utilisation directe par ces autorités, sans avoir à recourir à d'autres actes administratifs :« ledit principe général englobe donc un critère d'orientation générale et de grandes lignes qui doit caractériser non seulement les activités réglementaires, mais avant tout les administratives, comme en dispose expressément l'article I, l. n° 241 du 7 août 1990, dans lequel il est établi que « l'activité administrative poursuit les fins définies par la loi et est supportée par les principes de l'ordre communautaire ». Il en résulte dans la foulée, l'obligation

[947] En dernier lieu, voir le Conseil d'État, VI chb, n° 98 du 12 janvier 2011, *Red. amm. CDS* 2011, 01.
[948] Voir en la matière le Trib. Adm. Rég. (TAR) du Trentin Haut Adige, I chb, n° 171 du 8 juillet 2010, *Red. Amm. TAR* 2010, 7-8, 2317.

pour les autorités compétentes de prendre des mesures appropriées afin de prévenir des risques même s'ils ne sont que potentiels pour la santé, la sécurité et l'environnement, en faisant ainsi prévaloir nécessairement les besoins liés à la protection de telles valeurs sur les intérêts économiques des individus, à qui il est juste d'imputer le préjudice redouté ou déjà survenu ; en effet, puisque les institutions communautaires et nationales sont responsables dans l'ensemble de leurs champs d'action - de la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement - la règle de la précaution peut être considérée comme un principe autonome qui émane des dispositions mentionnées du Traité ». (TAR Trentin Haut Adige, n° 9, 25 mars 2010, cit.)

7. Dans le sillage de cette décision, d'autres tribunaux administratifs se sont prononcés pour l'applicabilité immédiate du principe de précaution, jugé directement invocable tant par l'acte administratif que par la décision judiciaire.[949] Par ailleurs, il faut remarquer que le Conseil d'État français est arrivé aux mêmes conclusions dans un *arrêt* du 19 juillet 2010,[950] en affirmant que l'article 5 de la Charte de l'Environnement, clé de voûte de la définition du principe de précaution en France, *"n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en œuvre"*, et en statuant qu'elle doit par conséquent être respectée d'emblée par les autorités administratives compétentes.[951]

8. Si les conditions nécessaires pour attribuer une force législative adéquate au principe de précaution consistent (i) à transposer ce dernier dans un texte de loi (condition formelle) et (ii) à le doter d'une prescriptibilité suffisante (condition de fond),[952] il est aisé de constater que l'ordre juridique italien

[949] TAR Ligurie, II chb, 15 octobre 2010 n° 9501, *Red. Amm. TAR* 2010, 10; TAR Toscane, II chb, 31 août 2010 n° 5145, *Red. Amm. TAR* 2010, 7-8.
[950] Conseil d'État, 19 juillet 2010 n° 328687.
[951] Il est réconfortant de constater que les juges (administratifs) italiens et français semblent d'accord sur ce point, corroborant l'idée, du moins dans le cadre européen, du « dialogue entre juges », bien que démentie par le professeur Patrizia Barsotti à l'occasion de la leçon « *Legal Transplants e circolazione dei modelli. Un dialogo a più voci"* dispensée le 16 septembre 2010 à l'Université de Milan.
[952] Selon De Sadeleer, une distinction est fondamentale pour comprendre si le principe de précaution peut se voir accorder un statut juridique ou non. Cette distinction réside dans la solution à la question de savoir si dans le droit

est sur la bonne voie : il a transposé la règle d'origine communautaire dans un texte législatif national (le Code de l'environnement) ; sur le plan du caractère impératif, la jurisprudence a fourni une aide décisive puisqu'elle a ratifié non seulement l'applicabilité directe mais également la prescriptibilité immédiate.

2. Les champs d'action du principe de précaution : de la protection de l'environnement à la protection de la santé et du consommateur

9. Le principe de précaution a vu le jour, comme on l'a dit, essentiellement en fonction de la protection de l'environnement.
C'est dans ce cadre que s'inscrivent les règles en matière de la fameuse Activité à risque d'accident majeur (ARAM - Directives Seveso et arrêté ministériel it. n° 477/99), destinées à limiter le risque d'accidents industriels.

10. Ces règles ont été essentiellement élaborées en réponse à des cas d'absence de précaution, par l'institution de mesures au moins préventives visant à contrer le risque d'accidents désormais tristement célèbres. Que l'on songe au « cas Seveso », c'est-à-dire à l'accident survenu le 10 juillet 1976 dans l'usine chimique ICMESA de Seveso :[953] le manque de précaution face au danger potentiel lié à l'emploi du trichlorophénol (TCP) dans le processus industriel a provoqué une catastrophe dont les répercussions se font encore sentir aujourd'hui. La réglementation successive à un tel accident (*en premier lieu*, la Directive n° 82/501/CEE, intitulée Seveso 1) n'a pu que réglementer avec plus d'attention

international, comme dans le droit communautaire ou national, le principe a ou peut avoir le statut d'une règle de droit directement applicable en l'absence d'autres réglementations, ou si elle ne se pose qu'en règle d'interprétation. Deux conditions devront être remplies pour doter le principe de précaution d'une force législative adéquate : d'une part, sa transposition dans un texte de loi (condition formelle) et d'autre part, sa formulation d'une manière suffisamment prescriptive et contraignante pour ses destinataires (condition de fond). N. De Sadeleer, *Le Statut Juridique du principe de précaution*, in F. Ewald, C. Gollier, N. De Sadeleer, *Le principe de précaution*, Presses universitaires de France, Paris, 2001, 76-78.

[953] B. Pozzo, *Il disastro ambientale e le responsabilità civili e penali*, extrait de *Seveso trent'anni dopo: percorsi giurisprudenziali, sociologici e di ricerca*, par B. Pozzo, Milan, 2008, 1 ss.

les risques liés aux travaux industriels, en interdisant, entre autres, l'emploi du TCP, qualifié de substance dangereuse, afin d'agir en prévention d'un risque désormais tristement connu.

11. Toutefois, au fil des ans et avec la mise à jour progressive des directives Seveso, des substances ou des activités dont la dangerosité n'était pas (et n'est pas encore) tout à fait connue sont venues étoffer peu à peu le catalogue des « activités dangereuses » ou des « substances dangereuses » (que l'on songe, par exemple, à la Directive n° 96/82/CE - la Seveso 2 -, à la Directive 2003/105/CE - la Seveso *ter* -, au Règlement CE n° 1907/2006 – le fameux REACH – et au Règlement CE n° 1272/2008 – le CLP) : cela permet d'appréhender l' « esprit de précaution » de cette réglementation, qui contraint malgré tout l'entrepreneur (dans la phase de préparation et de déroulement de l'activité) à adopter, et l'Administration publique (dans la phase d'autorisation et de contrôle de l'activité) à évaluer toutes les mesures aptes à éviter le dommage.

12. Songeons encore, et plus généralement, à toutes les normes communautaires qui ont pour but de permettre l'identification des dangers environnementaux, l'adoption de stratégies de contrôle et de réduction des risques ainsi que l'exclusion du marché des produits qui présentent des risques inacceptables pour l'environnement.
En ce sens, l'activité d'évaluation du risque environnemental représente un véritable outil d'actualisation de la politique dans ce domaine. Véhiculée par une norme d'ordre « technique », elle constitue en effet la prémisse par laquelle une activité ou un produit peut être qualifié de risqué ou de dangereux aux fins de son autorisation ou son interdiction éventuelle.[954] Les dispositions communautaires qui prévoient le déroulement d'activité d'évaluation du risque environnemental touchent désormais de multiples secteurs, à l'instar des activités dangereuses (songeons par exemple à la Directive n° 96/82/CE citée plus haut - appelée Seveso II), des substances chimiques (c'est le cas par exemple des règlements REACH cités - n° 1907/2006/CE et CLP - n° 1272/2008/CE), des organismes génétiquement modifiés (OGM - v. Directive n° 2001/18/CE et Règlement CE n° 1829/2003). Ces procédures d'évaluation du risque s'inscrivent, en

[954] R. Giuffrida, *La tecnica normativa utilizzata*, R. Giuffrida (par), *Diritto europeo dell'ambiente*, Giappichelli, Turin, 2012, 47-48.

général, dans des procédures d'autorisation d'activité et/ou de produits plus vastes. Celles qui régissent de manière significative le risque environnemental par le principe de précaution sont l'Évaluation environnementale stratégique (ESE - Directive n° 2001/42/CE) et l'Étude d'impact sur l'environnement (EIE – Directive n. 85/337/CEE).

Par ailleurs, parallèlement à l'apparition du principe de précaution en tant que guide des politiques et des responsabilités dans le domaine environnemental, l'environnement a été toujours plus valorisé, dans l'ordre italien, au titre de bien en lui-même, sujet autonome de droit, donc susceptible d'une protection *ad hoc.*[955]

13. Pourtant, à la lumière de l'interrelation nécessaire et étroite entre homme (*rectius*: santé de l'homme) et environnement, il apparaît évident que la protection de l'environnement au sens naturel ne peut s'abstenir d'exercer en parallèle une forme d'anticipation de la protection à titre de précaution à l'égard de la santé (physique et morale) des individus mis en rapport qualifié avec l'environnement. Une protection de l'environnement qui équivaudrait donc à une protection (préventive) de la santé des sujets qui se trouvent en relation avec cet environnement dans lequel ils vivent, travaillent etc.

14. C'est essentiellement pour de telles raisons que le principe de précaution s'est mué en principe d'information de l'action dans le domaine environnemental ainsi que de l'action destinée à la protection de la santé humaine et notamment du consommateur.

15. Cette orientation a été à plusieurs reprises réitérée par les institutions communautaires (par exemple dans la Communication de la Commission COM n° 1/2000 citée plus haut et dans le Livre Vert

[955] G. Rossi, *Situazioni giuridiche soggettive, danni e tutele*, *Diritto dell'ambiente*, par G. Rossi Giappichelli, Turin, 2011, 97. Dans le "cas Seveso" cité plus haut, par exemple, à côté de l'atteinte au droit à la salubrité de l'environnement (relative aux individus), l'on a également découvert la subsistance d'une "*offense au bien public immatériel et unitaire de l'environnement*" (Cass. civ. III chb., n° 11059/2009, dans Riv. *Giur. ambiente*, 2009, 6, 1005), étant donné le caractère de pluralité d'atteinte du délit de désastre par négligence du cas d'espèce. En somme, le bien "environnement" a été matérialisé en soi et sa protection a été séparée de celle de la santé de l'homme, dans le cas du droit à la salubrité de l'environnement.

de la Commission COM n° 176/1997 sur *"Les principes généraux de la législation en matière alimentaire dans l'Union européenne"*) et se reflète dans les mots utilisés par les juges du TAR de Lombardie dans le jugement n° 304 du 11 avril 2005 (dans *Foro amm. TAR*, 2005, 4, 966). Dans ce cas, il s'agissait de se prononcer dans une série de recours portant sur une mesure administrative visant la réalisation d'une installation de destruction thermique des déchets spéciaux ; l'Administration publique compétente avait imposé à l'exploitant de l'installation, la soumission à la procédure d'étude d'impact sur l'environnement et l'adoption d'une série de mesures techniques. En confirmant lesdites mesures, les juges administratifs ont appliqué le principe de précaution en affirmant que *« nonobstant le fait que le principe de précaution est mentionné dans le Traité en rapport uniquement à la politique environnementale, sa sphère d'application est plus vaste et étend sa portée à tous les champs d'action de la Communauté afin d'assurer un haut niveau de protection de la santé : notamment l'article 3 § 1, lettre p) du traité prévoit, parmi les politiques et les actions de la Communauté, « une contribution à l'atteinte d'un haut niveau de protection de la santé », tandis que l'article 153 vise à un haut niveau de protection des consommateurs ; qui plus est, le besoin de garantir une telle norme de sauvegarde de l'environnement et de la santé humaine se manifeste dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions communautaires en vigueur, respectivement, des articles 6 et 152, § du Traité CE »* (TAR Lombardie, n° 304 du 11 avril 2005, dans *Foro amm. TAR*, 2005, 4, 966).

3. La réglementation italienne sur les champs électromagnétiques. La précaution entre jurisprudences administrative et civile

16. Dès 2002, un juge administratif prononce une décision importante dans le domaine de la protection de la santé face au phénomène de la pollution électromagnétique. Le TAR des Pouilles, notamment, dans son arrêt n° 27 [956] du 6 mars 2002 s'est prononcé, dans le recours présenté par une compagnie téléphonique contre les ordonnances communales interdisant l'installation d'antennes, de répétiteurs ou d'autres installations de radiophonie, TV, télécommunications et téléphonie susceptibles d'émettre des ondes électromagnétiques sur tout le territoire communal, en affirmant que *« les premières*

[956] C.M. Nanna, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2003, 279.

études menées à titre expérimental ont déjà mis en exergue des risques de pathologies graves, voire tumorales, en cours de formation ou de croissance, en particulier pour les organismes affaiblis, en résultat de l'exposition aux fameuses radiations non ionisantes provenant des installations de téléphonie mobile. Par conséquent, en présence d'un danger même simplement potentiel pour la santé humaine, le principe de précaution doit impliquer une anticipation de la protection destinée à prévenir l'apparition de pathologies à court ou à long terme, et doit également éviter l'apparition d'états d'anxiété diffus et de stress émotionnel pour les riverains demeurant à proximité d'une source d'émissions d'ondes électromagnétiques à haute fréquence. Il en résulte que, par rapport aux besoins prioritaires préventifs de protection de la santé humaine, l'intérêt économique de la société requérante d'installer une station radio de base « dans la plage de tolérance » prévue en protection de la santé des citoyens, passe au deuxième plan. Du reste, l'absence de prédétermination légale de plages de tolérance valables erga omnes ne peut s'interpréter comme une indication de leur inutilité à protéger du risque d'exposition » (TAR Pouilles, n° 27 du 06.03.2002).

17. À la même époque pratiquement que la décision, on a assisté au lancement d'une importante innovation législative qui, du moins en puissance, semblait orienter l'État italien dans le sens d'une considération de plus en plus grande du principe de précaution : la loi n° 36/2001, intitulée la Loi-cadre sur la protection des expositions à des champs électriques, magnétiques et électromagnétiques.

18. L'article 1 de ce texte législatif consacre le principe de précaution afin de *"promouvoir la recherche scientifique pour l'évaluation des effets à long terme et la prise de mesures de précaution »*. Il est proposé, en outre, de dicter une nouvelle distribution des compétences dans ce domaine entre État et régions, à la lumière de la modification du Titre V de la Constitution (notamment de l'article 117) et de jeter les bases de la détermination de nouvelles « valeurs seuil » pour l'exposition à des champs électromagnétiques fixés par des décrets désormais obsolètes du Président du Conseil des Ministres (P.C.M.) du 1992.[957]

[957] F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione "precauzionale"*, *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit*., 3-4, 2004, 907.

19. En ce qui concerne les « valeurs seuil », la loi-cadre a fait la distinction entre trois types de normes du ressort de l'État : les « limites d'expositions », les « valeurs d'attention » et les « objectifs de qualité », considérés comme des valeurs de champ (articles 3 et 4, loi n° 36/2001). Toutefois, les deux nouveaux PCM du 8 juillet 2003, contenant les nouvelles valeurs seuil de protection des champs électromagnétiques ne semblent pas respectueux du principe de précaution et la jurisprudence administrative semblerait vouée à confirmer cette installation fallacieuse. En effet, en vertu de la prémisse selon laquelle la Loi-cadre de 2001 et les PCM de 2003 sont explicitement empreints du respect du principe de précaution, les juges ont cessé de s'interroger sur l'application effective de ce principe par des textes réglementaires. Le principe de précaution s'est ainsi transformé en un formalisme vide procédural, empêchant également toute « fuite vers l'extérieur » (ou l'élan vers une précaution majeure) par d'autres organismes territoriaux.

20. L'on obtient ainsi des décisions dans lesquelles il est établi que le maire ne peut, par l'instrument de l'ordonnance, empêcher l'installation d'une station radio de base pour téléphonie portable en vertu du principe de précaution, étant donné que ce principe est déjà assuré au niveau étatique par la Loi-cadre et par les PCM. En effet, ces textes législatifs ne peuvent être écartés sous peine d'*« une incohérente superposition radio protectionniste »* [958] ou de décisions grâce auxquelles il est établi que les Communes ne peuvent procéder avec une sorte de « précaution de la précaution » par la soi-disant voie urbanistique, ni en prescrivant illégitimement l'utilisation d'instruments urbanistiques (tels que le permis de bâtir et l'EIE) non requis par la Loi-cadre et par le décret législatif n° 259/2003 (le Code des communications électroniques) pour l'installation de stations de radio de base.[959]

[958] En ce sens : Conseil d'État, VI chb , 27.12.2010 n° 9414, *Riv. giur. edilizia* 2011, 2-3, I, 689; Conseil d'État, VI chb, 06.09.2010 n° 6473, *Guida al diritto* 2010, 39, 99; Conseil d'État, VI chb, 15.07.2010 n° 4557, *Riv. giur. edilizia* 2010, 6, I, 2044.

[959] En ce sens : Cons. d'État, VI chambre, 12.01.2011 n° 98, *Foro amm CDS* 2011, 1, 201; Cons. d'État, VI chambre, 06.09.2010 n° 6463, *Foro amm* CDS 2010, 9, 1887. Le Conseil de justice administrative de la région de Sicile s'est exprimé sur la même longueur d'onde, en disposant une vérification à très haut niveau en rapport à l'autorisation d'installation du système de communication satellite MUOS (acronyme de Mobile User Objective System - Système

21. Face à cette décision, la justice civile semble s'orienter dans une autre direction.[960] La jurisprudence de ces dernières années a en effet considéré les limites d'exposition fixées par la loi

---

Objectif Utilisateur Mobile) qui prévoit l'installation en Sicile de trois antennes paraboliques et deux antennes hélicoïdales à très haute fréquence (UHF). V. Conseil de justice administrative de la région de Sicile Jugement 03/09/2015, n° 581, dans *Quotidiano Giuridico*, 10.09.2015.

[960] Le thème est très vaste et concerne l'exposition non seulement aux ondes électromagnétiques provenant des antennes téléphoniques, télévisées ou satellites mais aussi d'instruments technologiques susceptibles de produire des ondes électromagnétiques. On signale sur ce point en droit comparé, certaines décisions qui sont destinées à faire parler d'elles parce qu'elles enquêtent sur un domaine non encore scientifiquement établi, c'est-à-dire l'existence ou non du lien de cause à effet entre pathologie subie et exposition au champ électromagnétique. Une des toutes premières décisions qui s'est exprimée sur cette existence a été prononcée en France par le *Tribunal du contentieux de l'incapacité*, de Toulouse. Le 18 septembre dernier, cette cour a accordé un chèque social à une femme de 39 ans, invalide à 85% pendant deux ans. Le conseiller technique du juge lui a diagnostiqué un syndrome d'hypersensibilité aux ondes électromagnétiques provoqué par l'absence de protection contre de telles immissions sur son lieu de travail. Des suites de ce handicap, la dame aurait subi un trouble fonctionnel qui l'empêcherait d'entreprendre un travail ou même une activité de nature sociale. Il est intéressant de noter que le juge reconnaît que ce syndrome n'est pas prévu par le système sanitaire français, tandis qu'il le serait dans d'autres pays qui ne sont cependant pas spécifiés. En réalité, l'existence de ce lien de cause à effet n'est pas prouvée scientifiquement, toutefois le juge affirme que la symptomatologie disparaît au moment où les causes sont éliminées. Face au manque de certitudes scientifiques, l'avis du juge est intéressant. Ce dernier justifie sa décision en affirmant que « *cette élimination impose un mode de vie et des sacrifices qui ne permettent pas la moindre suspicion de simulation*. »
Au contraire, au Canada, le *Social Benefit Tribunal* a débouté l'appel d'une dame de 62 ans qui s'est vu nier la reconnaissance d'un handicap pour « sensibilité environnementale ». Selon ses allégations, elle souffrirait d'hypersensibilité à *« des polluants environnementaux, spécifiquement aux fréquences électromagnétiques et aux radiations non -ionisantes, qui bombardent nos villes de milliers d'antennes de téléphonie mobile, téléphones sans fil, Internet sans fil et autres source*s.» L'appelante souffrirait également d'hypersensibilité à des parfums et des fragrances contenant des neurotoxines. Dans le rejet de l'appel, le juge estime que les allégations soumises à son attention ne sont pas particulièrement convaincantes ou qu'elles démontrent la détérioration (de ses conditions de santé).
En Italie, le problème s'est posé en rapport à la sécurité des appareils de téléphonie mobile (cordless ou portables). La Cour de Cassation a, par exemple, accordé le versement d'une rente pour maladie professionnelle au salarié d'une société qui avait contracté une maladie grave en raison d'un usage intensif du téléphone portable et du téléphone sans fil (Cass civ., chb. trav., n° 17438 du 12.10.2012, *Corr. Giur.*, 2013, 327, avec une note d'Al Mureden E., *Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità "tollerabile", principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*; App. Brescia, chb trav., 22.12.2009, dans *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 1369, avec une note d'Al Mureden E., *I danni da uso del cellulare tra tutela previdenziale e limiti della responsabilità del produttore*). La condamnation a été justifiée dans l'arrêt tant sur le fond qu'en droit étant donné le constat d'un lien de cause à effet entre l'exposition aux radiations produites par les téléphones dans l'exercice de l'activité professionnelle et

comme non contraignantes et a étayé ses propres décisions d'études scientifiques disponibles à l'époque de la décision. Selon l'arrêt n° 9893 de 2000 de la Cour de Cassation italienne, les actes de normalisation secondaire concernant les limites d'exposition (les PCM) *« tirent leur légitimité de leur adaptation à l'état des connaissances sur les effets négatifs potentiels des phénomènes étudiés et cette même loi primaire stipule qu'ils doivent être l'objet de révision périodique. L'existence de ces règles confirme donc que le droit de l'individu à ce qu'il soit interdit à ses congénères ainsi qu'à l'administration publique de se comporter de manière à provoquer la pathologie, est intimement lié, sur le fond, à la protection constitutionnelle du droit à la santé, à l'instar de l'introduction dans l'atmosphère de facteurs polluants. C'est pourquoi il appartient au juge ordinaire, dans le cadre de ses pouvoirs et dans un processus entamé d'après une demande semblable à la proposition du demandeur, de vérifier s'il y a danger pour la conservation de l'état de santé lors de l'exposition au facteur polluant, en vertu des connaissances scientifiques acquises au moment de se prononcer sur la question et eu égard à la situation, bien que cette exposition se situe dans le respect des plafonds fixés par la réglementation de source secondaire en vigueur au moment de la décision »* (Cour de Cassation, III chb civile, n° 9893 du 27.07.2000, *Giust. civ.*, 2000, I, 2853).

---

l'apparition d'une pathologie. Les juges ont notamment constaté que pendant 12 ans, le salarié de l'entreprise avait utilisé le téléphone sans fil et le téléphone portable entre 5 à 6 heures par jour afin d'exercer ses activités au sein de la société, que ces appareils irradiaient presque toujours du côté gauche du visage parce que la main droite était occupée à prendre des notes, que précisément en cet endroit du corps, s'était développée la pathologie dégénérative et enfin, que des études épidémiologiques avaient prouvé l'existence d'un lien de cause à effet entre l'exposition aux ondes électromagnétiques émises par les téléphones portables et l'apparition de la pathologie dont se plaignait la victime.

L'opportunité d'adopter une approche inspirée par le principe de précaution visant à valoriser le besoin de protéger la santé des personnes face à des risques non encore définitivement vérifiés, a été réaffirmée suite à la publication, en mai 2011, des données épidémiologiques des études menées par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) par le biais de l'*nternational Agency for Research on Cancer* (IARC). Ces études ont confirmé que l'usage prolongé du téléphone portable constituait un facteur de risque significatif de pathologies graves et ont poussé à classer cette exposition dans la catégorie des fameux "*cancérogènes possibles*". Dans le même ordre d'esprit, une importante résolution du Conseil de l'Europe du 27 mai 2011, a clairement invité tous les pays membres à *"fi*xer *les limites de prudence d'exposition aux microondes pendant de longues périodes dans toutes les pièces intérieures, conformément au principe de précaution"* (V. E. Al Mureden, *Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità "tollerabile", principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*, *Corriere Giuridico*, 2013, 331).

22. Dans cet arrêt, on a pourtant affirmé la pleine connaissance du juge ordinaire en matière de constat de l'atteinte au droit à la santé, même quand sont respectés les paramètres réglementaires d'exploitation de l'activité dont on estime qu'elle porte atteinte actuellement ou potentiellement au droit.

23. D'ailleurs comme l'a estimé la Tribunal de Venise dans une décision du 19 février 2008, (dans Riv. Giur. ambiente 2008, 5, 863), « conformément à la législation en vigueur, si les défendeurs maintenaient le niveau d'exposition dans les limites des mesures relevées, bien que les limites légales soient respectées, cela ne les mettrait toutefois pas à l'abri d'actions privées visant à protéger la santé du point de vue à la fois de l'intégrité psychologique et physique et de la salubrité environnementale : la réglementation secondaire analysée qui fixe les seuils a donné d'un côté un caractère public en ne réglementant pas les relations avec les particuliers, et de l'autre, précisément en raison de sa ratio legis et de sa genèse, a le pouvoir d'empêcher une conduite en opposition à ces valeurs. Elle n'a pas celui de rendre licite une conduite qui s'y conforme » (Tribunal de Venise, 19.02.2008, dans Riv. Giur. ambiente 2008, 5, 863).

24. Par conséquent, dans un cadre jurisprudentiel désormais plutôt consolidé, on estime que les usagers et leurs associations peuvent éventuellement intenter à l'encontre des exploitants des installations de radiofréquence : (i) les actions de dénonciation du nouvel ouvrage (article 1171 Code civil italien - ci-après en bref, "c.c.") d'ici un an du début dudit ouvrage, et de dénonciation de dommage redouté (article 1172 cc.), en ce qui concerne les dommages occasionnés par l'installation de nouvelles antennes ou d'équipements sur leurs logements ou à proximité de ceux-ci ; (ii) la demande de mesures d'urgence, aux termes de l'article 700 du code de procédure civile italien (ci-après, en bref, "c.p.c), fondée sur l'interdiction d'immissions édictée par l'article 844 c.c.[961]

[961] G. Benedetti, *Considerazioni giuridiche relative al tetto di radiofrequenza compatibile con la salute umana ed alla tutela del consumatore*, dans *Riv. Giur. Ambiente*, 2, 2001, 343.

4. Les remèdes du code civil pour empêcher les immissions[962] électromagnétiques

25. Un instrument important de protection par lequel le principe de précaution a joué un rôle décisif en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques est l'interdiction d'immissions, moyen toujours employé pour défendre la propriété privée, mais appliqué de façon extensive à la protection de la santé et du bien-être psychologique et physique de leurs habitants.

26. En France par exemple, la défense préventive du droit à la santé s'est appuyée sur la théorie des *troubles anormaux de voisinage*, progressivement élaborée par la jurisprudence à partir du XIXe siècle dans le cadre de l'abus du droit à la propriété.[963]

27. Cette règle repose sur des circonstances qui relèvent du fait que le *voisin* subit un dommage ou une souffrance, provoqué par un acte licite[964] et que ce dommage est *anormal* ou *excessif*. Au cas où cette dernière exigence ne se fondait pas sur des critères certains, mais dépendait de

---

[962] Le mot italien "Immissione" est traduit littéralement en "immission".
Parmi les Pays européens de langue française, tel vocable trouve contrôle dans le droit suisse, mais pas dans le droit belge et dans celui français. En effets, en France le fait de l'immission est dénommé et juridiquement qualifié avec ses conséquences, ou bien les "inconvénients ou troubles de voisinage".
Le système français a tenté de se douer d'une réglementation appropriée (en 2008, avec l'avant-Projet Catala). Toutefois la tutelle apparaît encore d'origine jurisprudentielle, au moyen de l'application combinée des articles 544, 1382 et 1383 du Code Civil français.
Dans le système italien, par contre, suivi du Code Civil de 1865 - de claire inspiration française - qui rien prévoyait en tel sens, avec le Code Civil de 1942 - actuellement en vigueur - a été introduite l'article 844, intitulé justement des « Immissions », raison pour lequel il s'est décidé de maintenir tel mot.

[963] Récemment l'Avant-projet Catala a tenté de codifier cette règle de jurisprudence moyennant l'introduction d'un nouvel article 1361dans le Code Civil (*"Les troubles de voisinage - Le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, est de plein droit responsable des conséquences de ce trouble"*); toutefois, l'échec partiel de ce projet de réforme (cf. *supra*, nt. 137) a voulu que le principe demeurât dans le cadre du « formant » jurisprudentiel.

[964] Le législateur est intervenu afin de limiter la prolifération des actions fondées sur la théorie des *troubles anormaux du voisinage* par la loi du 31 décembre 1976, laquelle a introduit dans le Code de l'Urbanisme une règle empêchant le voisin d'obtenir l'indemnisation des dommages causés par une activité licite établie avant son installation dans le fonds.

l'estimation du juge dans ce cas concret, la jurisprudence a précisé depuis longtemps que le « dommage » devait être certain et actuel.

28. Toutefois, cette théorie a été invoquée récemment en vue de la protection de la santé et en présence d'un simple risque de dommage,[965]. Elle s'appuyait sur les manifestations actuelles de stress et d'angoisse, tout d'abord en présence d'un risque vérifié puis également dans les cas d'un simple soupçon en vertu de l'application du principe de précaution.[966]

29. Il en est ainsi, par exemple, de la décision du Tribunal de Grande Instance de Grasse du 17 juin 2003,[967] relative à la demande de démantèlement d'une antenne de radiotéléphonie mobile installée par la municipalité à proximité d'une école, ou de celle du Tribunal de Grande Instance de Toulon, en mars 2006,[968] qui a condamné une compagnie de téléphone à transférer sa station émettrice : les juges ont en effet estimé que l'exposition à un risque, bien qu'hypothétique, constituait un *trouble*, en application du principe de précaution.

30. Par la suite, l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles de février 2009 revêt une importance capitale : [969] il a imposé à la société Bouygues Telecom le démantèlement d'une antenne de radiophonie mobile installée à proximité du logement de deux familles, malgré le respect des limites d'émission établies par la loi, sur base de l'angoisse provoquée par l'incertitude de survenance d'une atteinte potentielle à la santé. Après avoir constaté l'incertitude scientifique sur les effets de l'exposition aux ondes électromagnétiques sur la santé, la Cour a fondé la protection inhibitoire et d'indemnisation sur

[965] V., entre autres, Cass. civ., II, 24 février 2005, *Bull. Civ.*, II, n° 50; Cass. Civ., II, 10 juin 2004, *Rev. dr. Imm.*, 2004, 348.
[966] V. E. Bouchet-Le Mappian, *Le principe de précaution dans un litige entre voisins*, *Rec. Dall.*, 2010, 36, 2419 ss.
[967] Tribunal de Grande Instance di Grasse, 17 juin 2003*, Commune de La Roquette-sur-Siagne c./Société SFR*, *Resp. civ. et ass., nov.* 2003, chron n° 29.
[968] Tribunal de grande instance de Toulon, 20 mars 2006, *Dr. Env.*, 2006, II, 164.
[969] Cour d'Appel de Versailles, 4 février 2009, *Dr. Env.*, 2009, I, 18.

l'existence d'un trouble psychologique, en l'occurrence une angoisse provoquée par l'exposition aux radiations.

31. Dès la fin des années 1980 (donc bien avant l'intervention du législateur), la soi-disant pollution électromagnétique est l'un des domaines qui a suscité de fortes exigences de protection de la santé en Italie également, étant donné la prolifération des études scientifiques sur le rapport entre l'exposition aux radiations électromagnétiques non ionisantes et certaines pathologies comme la leucémie infantile. Ces exigences se sont manifestées en particulier par des demandes de protection destinées à la neutralisation des immissions électromagnétiques ou à l'écartement de la source de radiation, *ex* article 700 du code de procédure civile italien (c.p.c.), en vertu de la reconnaissance de la dangerosité des lignes électriques à haute tension, sans préjudice du droit à l'indemnisation des dommages déjà constatés.[970]

32. Ces décisions se sont fondées sur l'article 844 du code civil italien (c.c.) en matière d'immiscions, aux termes duquel "le propriétaire d'un fonds ne peut empêcher les immissions de fumées, de chaleur, les exhalations, les bruits, les secousses et autres propagations du même ordre causées par le fonds du voisin, si elles ne dépassent pas la tolérabilité normale, eu égard également à l'état des lieux".

33. L'ordonnance du Préteur de Pietrasanta de novembre 1986 fait figure de première mesure en la matière : elle a en effet donné suite à la demande de cessation en interdisant à Enel de mettre en exploitation une ligne électrique à proximité d'une agglomération. L'ordonnance a ensuite été révoquée par le Tribunal de Lucca, étant donné l'absence de preuves formelles par insuffisance de données scientifiques en la matière.[971]

[970] M.G. Stanzione, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, *www.comparazionedirittocivile.it*, 12.
[971] Trib. Lucca, 05.03.1990, *Rass. Giur. en. El.*, 1990, 523 ss.

34. Néanmoins des nombreuses décisions ultérieures qui ont imposé de ne pas dépasser les limites d'immission suggérées par certaines études scientifiques.[972] Dans d'autres cas, le juge a ordonné en revanche le déplacement de l'installation, l'ensevelissement des câbles électriques ou la cessation des travaux de construction d'infrastructures électriques.[973] Tels sont, à l'heure actuelle, les principes établis par la jurisprudence à l'égard du phénomène de la pollution électromagnétique :

a) Les ondes électromagnétiques présentent les deux éléments caractéristiques des immissions réglementées par l'article 844 c.c, c'est-à-dire d'une part la matérialité parce qu'elles sont objectivement quantifiables, et le caractère indirect ou implicite parce qu'elles consistent en une propagation sur le fonds d'autrui ; [974] qui plus est, les immissions d'ondes électromagnétique s'inscrivent dans le champ d'applicabilité de l'article 844 c.c. puisque le concept de "semblables propagations" ne peut se limiter aux immissions immédiatement perceptibles par l'être humain au moyen de ses cinq sens ;[975]

b) L'immission, imputable à la disposition de l'article 844 c.c., n'est pas seulement celle qui lèse immédiatement, qui produit un "vulnus" à l'être humain, mais également celle qui crée un risque de dommage. Le risque doit être concret et actuel et pas simplement imaginaire. En outre, il doit franchir un

[972] Trib. Modène, 06.09.2004, *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1087 ss.; Trib. Venise, ord. 14.04.2003 n° 214, *Giur. it.*, 2003, 4 ss.; Trib. Côme, ord. 30.11.2001, *Riv. Giur. ambiente*, 2002, 576; Trib. Padoue, ord. 17.11.1998 n° 465, *Rass. Giur. en. El.*, 2000, 125 ss.

[973] Par exemple, Trib. Reggio Calabre, 30.01.2001, *Foro it.*, Rep. 2001, sous le titre *Procedimenti Cautelari*, n° 21; Trib. Milan, ord. 07.10.1999, *Foro It.*, I, 141 ss. À l'inverse, une série de décisions révèlent ne pas avoir estimé que subsistait le *periculum in mora* en présence d'une nocivité purement potentielle. Elles ont par exemple nié la mesure conservatoire du Trib. de Catane, ord. 22.03.2001, *Resp. civ. e prev.*, 2003, 206 ss.; Trib. Padoue, ord. 24.05.2001, *Resp. civ. e prev.*, 2003, 205 ss.; Trib. Milan, ord. 20.05.2000, *Rass. Giur. en. El.*, 2000, 116 ss..

[974] De la sorte Trib. Côme, 23.11.2005 n° 1490, *Riv. Giur. ambiente*, 2006, 2, 325. L'attribution des ondes électromagnétiques au phénomène des immissions réglementé par l'article 844 c.c., a été soutenue, de main de maître par la Cour suprême (Cass., n° 1404/1979, *Foro It.*, Rep. 1979, titre *Proprietà*, n° 10; Cass., n° 9893/2000, cit.); de telles ondes se propagent en effet sur le fonds d'autrui en conséquence indirecte du passage du courant sur les canalisations électriques appartenant à une compagnie, et ont un caractère matériel parce qu'elles sont objectivement mesurables, avec un appareillage spécial, sur le fonds où elles se propagent. Elles ont donc les conditions requises caractéristiques des immissions : le caractère matériel et le caractère indirect ou implicite, en ce sens qu'elles ne constituent pas un *facere in alienum*, mais une répercussion de faits accomplis dans l'immeuble d'où elles proviennent (Cass., n° 1404/1979, cit.; Cass., n° 570/1969, *Foro It.*, 1969, I, 1480).

[975] Cf. Trib. Côme, 30.11.2001, cit..

seuil raisonnable qui, s'agissant d'immissions non perceptibles organoleptiquement, sera déterminé scientifiquement. Les évaluations étiologiques sur la relation entre l'exposition chronique à des ondes électromagnétiques et les éventualités portant atteinte à la santé peuvent être définies en se référant au concept de possibilité - probabilité purement statistique ;[976]

c) La règle du code de l'article 844 c.c. découle d'une logique purement propriétaire, pour pouvoir être invoquée par le sujet lésé en vue de l'obtention de la cessation des immissions nocives pour la santé ; d'où par conséquent une évaluation de la tolérabilité des immissions en fonction des droits personnels des propriétaires du fonds exposé, en termes de santé, de sérénité et de bien-être psychologique et physique ;[977]

d) Les immissions d'ondes intolérables posent le problème des effets à longue échéance (ou temps d'attente) sur l'organisme humain, en faisant la distinction entre « intégrité physique de l'individu » et une notion plus étendue du bien « santé ». Ce dernier inclut en effet le bien-être psychologique, la qualité de la vie et de relation, et les valeurs de la personne, biens dont l'atteinte peut comporter un dommage illicite, et la santé, en l'absence d'atteintes immédiatement décelables ;[978]

e) Le principe de précaution ne peut à lui seul soutenir la décision du juge. Il peut cependant orienter l'interprétation des règles et donc, dans le cas de l'article 844 c.c., la notion de tolérabilité. [979] Notamment l'évaluation de la tolérabilité des immissions électromagnétiques, pour les riverains vivant à proximité de la source, peut se fonder sur les études épidémiologiques qui ont démontré le niveau d'expositions aux

---

[976] Cf. Trib. Côme, 30.11.2001, cit..

[977] Cf. Cass., civ. chb. un., n° 10186/1998, *Giust. Civ.*, 1999, I, 2411. Selon M. A. Mazzola (*Tutela preventiva da attività rischiose. Immissioni elettromagnetiche da elettrodotti tra principio di precauzione e tutela della salute, parametri normativi e giurisprudenziali, nesso di causalità certo e probabile*, *Resp. civ. e prev.*, 2004, 4-5, 1090), *"Il est juste d'affirmer que la défense directe offerte par l'article 844 c.c. du droit réel (le fonds concerné par les immissions) est corroborée par une défense indirecte, s'étendant à la défense des droits personnels (droit à la santé, droit existentiel, droit à la salubrité de l'environnement, droit à l'environnement, etc.) de l'occupant du fonds, étant donné qu'il ne peut certes pas y avoir de tolérabilité du praedium mais uniquement du dominus. L'intolérance appartient au seul dominus et non au praedium"*.

[978] Trib. Modène, 06.09.2004, dans *Resp. civ. e prev*., 2004, 1087.

[979] Trib. Venise, III chb, 19.02.2008 n° 441, *Riv. Giur. ambiente*, 2008, 5, 863.

ondes électromagnétiques au-delà duquel se produit une hausse des cas de leucémie infantile. [980] Quoi qu'il en soit, il appartient au juge ordinaire, en vertu de ses pouvoirs, de vérifier si, d'après les connaissances scientifiques acquises à partir du moment de la décision du cas concret, la santé est mise en danger par l'exposition à la source polluante, bien que cette exposition ait lieu dans le respect des limites imposées par la discipline de rang secondaire en vigueur au moment de la décision ;[981]

f) dans l'équilibrage des intérêts opposés des parties, le droit à la santé des sujets qui subissent les immissions doit se voir accorder la priorité sur l'intérêt purement économique, même s'il est important, des

[980] Trib. Côme, 23.11.2005 n° 1490, cit.

[981] Cf. Trib. Foggia, ord. 27.02.2007, cit.; Cass. civ., n° 1151/2003, *Foro It.*, Répertoire 2003, titre *Proprietà*, n° 23; plus généralement, cf. Cass. civ., II chb, n° 10587/2012, *Diritto & Giustizia*, 2012, 26.06.2012; Cass., chb. un., n° 4263/1985, *Giust. Civ.*, 1986, I, 128. Selon la décision fondamentale de la Cass. n° 9893/2000, cit., la réglementation secondaire qui fixe les seuils analysés a donné d'un côté un caractère public, en ne réglementant pas les relations avec les particuliers, et de l'autre - précisément en raison de sa ratio legis et de sa genèse - "*elle a le pouvoir d'empêcher une conduite en opposition à ces valeurs. Elle n'a pas le pouvoir de rendre licite une conduite qui s'y conforme. Ces règles fondent leur légitimité sur le fait d'être adaptées à l'état des connaissances* (comme le réitère la l. 36/01 qui impose d'encourager la recherche scientifique dans ce domaine pour atteindre de nouveaux résultats) *des effets négatifs potentiels des phénomènes étudiés et c'est la même loi primaire qui prévoit qu'ils doivent faire l'objet de révision périodique*. *L'existence de ces règles confirme donc que le droit de l'individu à ce qu'il soit interdit à ses congénères ainsi qu'à l'administration publique de se comporter de manière à provoquer la pathologie, est intimement lié, sur le fond, à la protection constitutionnelle du droit à la santé, à l'instar de l'immission dans l'atmosphère de facteurs polluants.»* La Cour conclut donc qu' « *il appartient au juge ordinaire, en vertu de ses pouvoirs, (...) de vérifier si, d'après les connaissances scientifiques acquises au moment où il s'agit de se prononcer sur la question, eu égard à la situation du cas concret, l'état de santé est menacé par l'exposition au facteur polluant, bien que cette exposition se situe dans le respect des plafonds fixés par la réglementation secondaire en vigueur au moment de la décision.* » Notons toutefois que les arrêts de signe contraire ne manquent pas. Parmi eux, la décision de la Cass. civ., II chb , n° 1391/2007 (dans *Foro It.*, 2007, I, 2124) est intéressante lorsqu'elle affirme que « *En matière d'immissions d'ondes électromagnétiques (en l'occurrence provenant du pylône d'un radiodiffuseur implanté sur le toit plat du bâtiment attenant à celui des requérants), la possibilité d'indemnisation du dommage que l'on estime être causé par les immissions ne peut faire abstraction du constat du caractère illicite du comportement du radiodiffuseur. Ce caractère illicite doit être exclu si les immissions sont demeurées dans les limites fixées par la réglementation en vigueur ; dans un tel cas, elles bénéficient d'une présomption de non-dangerosité. Dans ce genre de cas, il en résulte que, faute d'un principe codifié de précaution qui permette une défense contre des événements d'une dangerosité potentielle non prouvée, le droit à l'indemnisation d'un dommage tout ce qu'il y a d'hypothétique doit être exclu »*. Selon cette décision, le caractère illicite de la conduite - indispensable pour obtenir l'indemnisation - ne sera reconnu qu'en cas de franchissement des limites légales.

compagnies de distribution d'électricité ; [982] cette défense prééminente semble conforme aux lignes directrices de la Charte constitutionnelle en matière de droits de la personne, ainsi qu'au principe de précaution d'origine communautaire, visé à l'article 174 du traité constitutif de la Communauté européenne.[983]

35. Il ressort clairement de ces principes que la jurisprudence est, du moins dans ce domaine, particulièrement sensible aux logiques de précaution. Par conséquent, l'instrument visé à l'article 844 c.c. constitue, sans nul doute, une alternative valable à celle de l'article 2050 c.c. (en matière de responsabilité extracontractuelle pour l'exercice d'activité dangereuse) parce que, comme l'affirme précisément la doctrine, le contrôle du lien de cause à effet serait donc moins probant que l'hypothèse de la protection extracontractuelle. Cela rendrait donc moins lourd l'*onus probandi* à charge du sujet dont il est établi qu'il est lésé.[984]

5. Instruments de protection anticipée contre les immissions électromagnétiques

36. La protection juridique pourra être préventive (d'interdiction) ou successive (d'indemnisation).

---

[982] Cour d'Appel de Milan, ord. 17.05.2006, *Foro It.*, 2007, I, 222. Cf. aussi Cass. civ., II chb , n° 5564/2010, *Giust. Civ.*, 2010, I, 815, selon laquelle *"En matière d'immissions, l'article 844, alinéa 2 c.c., dans la partie qui a trait à l'estimation, par le juge, de la coexistence des exigences de la production sur les raisons de la propriété - lorsque l'on envisage éventuellement la priorité d'un usage défini - doit être lu en tenant compte du fait que la limite de la protection de la santé sera jugée désormais comme intrinsèque à l'activité de production et aux rapports de voisinage. À la lumière d'une interprétation constitutionnellement orientée, le droit à une qualité de vie normale doit être considéré comme prépondérant par rapport aux besoins de la production"*.

[983] Cf. Trib. Côme, 23.11.2005 n° 1490, cit.

[984] M. A. Mazzola, *Tutela preventiva da attività rischiose*, cit. 1098. Sur ce point cf. en jurisprudence, Trib. Côme, 23.11.2005 n° 1490, cit., selon lequel *"Les immissions d'ondes électromagnétiques qui dépassent la valeur de 0.3-0.4 microtesla sont intolérables. En application du principe de précaution, il faut en interdire la propagation, puisqu'il subsiste le lien de causalité juridique avec la lésion du droit à la santé, démontré par les données statistiques et épidémiologiques d'accentuation du risque de leucémie infantile"*. En d'autres termes, l'intolérabilité est décelée par le juge dans le cadre du concept (mineur) de dangerosité et non de nocivité établie des immissions pour la santé du sujet exposé.

Sur ce point la précision conceptuelle consistant à faire la distinction entre le « risque de dommage » (objet de protection anticipatoire) et le « dommage dû au danger » (objet de protection d'indemnisation) revêt une importance fondamentale.

37. Le « dommage dû au danger » existe quand le danger est tel qu'il provoque un dommage actuel (par exemple par la dépréciation d'un bien). Dans un tel cas le dommage occasionné par le danger devient indemnisable et non le danger en tant que tel.[985]

38. Au contraire, le risque de dommage (donc manifestement futur) peut constituer en lui-même un dommage lorsqu'il conditionne sensiblement la future victime.[986] Le risque de dommage peut frapper notamment la sphère existentielle d'un sujet, en altérant ou en compromettant l'activité normale de l'individu.[987]

39. En réalité, le constat du risque de dommage peut devenir déterminant pour l'octroi d'une forme de protection conservatoire d'urgence si le dommage peut porter sur des droits irréparables, tels que le bien de la santé ou de la vie (dans une phase importante de protection anticipée ou de *deterrence*). Ceci dit, il faut remarquer que le principe de précaution joue un rôle fondamental dans le constat du risque de dommage, en permettant l'octroi de mesures d'interdiction conservatoire à chaque fois que l'atteinte d'un bien constitutionnellement protégé est évidente (comme la santé).[988] Le principe de précaution constitue en effet avant tout un moyen de protection inhibiteur. Sa fonction préventive ne s'applique pas uniquement au lien de causalité, moyennant l'anticipation de sa « concrétisation », à propos du caractère d'indemnisation du dommage injuste, mais aussi - et surtout - dans la prévention de l'acte illégal, indépendamment de la survenance d'un dommage futur, dommage que l'on a plutôt

[985] C. Salvi, titre *Risarcimento del danno*, *Enciclopedia del diritto*, XL, Milan, 1989, 1089 ss.
[986] Comme le faisait déjà remarquer A. De Cupis, *Il danno*, Giuffrè, Milan, 1979, I, 327.
[987] V. M.A. Mazzola, *Tutela preventiva da attività rischiose*, cit., 1092.
[988] Sur ce point, il faut noter que le principe de précaution et la finalité de prévention du dommage avaient inspiré le projet récent de réforme du Code civil français (l'Avant-Projet Catala), qui proposait l'introduction d'un nouvel article 1369-1 selon lequel *"Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable"*.

tendance à vouloir éviter.[989] Si l'interdiction est une mesure préventive d'un acte illégal,[990] il faut se demander si elle peut être accordée lorsque le comportement en infraction n'est pas encore perpétré, donc quand, au moment de la demande, il n'existe pas encore d'acte illégal proprement dit, mais simplement une « menace d'acte illégal ».

40. La réponse peut se trouver dans l'application concrète du principe de précaution par les juges. En effet, les cours ont estimé qu'elle constituerait le fondement d'une interdiction en cas de simple menace d'acte illégal. C'est la conclusion que l'on peut tirer, par exemple, de l'arrêt crucial de la Cour de Cassation italienne n° 9893 du 27.07.2000, prononcé aux termes d'un procès ayant pour objet une demande conservatoire d'interdiction contre la mise en exploitation d'une canalisation électrique.

41. La requérant craignait que l'exploitation de la canalisation électrique, vu la distance entre la ligne électrique et son logement, puisse donner lieu à une exposition au champ électromagnétique produit par le passage de l'électricité, laquelle aurait porté préjudice à sa santé et à son ménage. Il a donc déposé une demande visant à contrôler que, à la distance indiquée, l'exposition au champ électromagnétique constituait une source de danger pour sa santé. Il avait également demandé au juge que ce contrôle soit suivi de mesures d'interdiction à la mise en service de la canalisation électrique et de condamnation à l'indemnisation du dommage.

42. La société, gestionnaire de l'installation citée en justice, a objecté que comme la canalisation n'était pas encore entrée en service, il était impossible de vérifier si sa mise en service allait ou non provoquer une situation dangereuse pour la santé. La Cour de Cassation[991] a décidé que « contrairement à ce qu'a affirmé la cour d'appel, il n'est pas nécessaire que le dommage se soit produit

[989] Cf. C.M. Nanna, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, cit., 274.
[990] En fait, quand on demande juridiquement une interdiction, le juge devra dans un premier temps, vérifier si l'atteinte subsiste et, dans un deuxième temps, donner l'ordre de cessation du fait lésionnel, afin de prévenir l'acte illégal futur. Cf. C.M. Nanna, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, cit., 274.
[991] La Cour de Cassation fait bien référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 641 du 30.12.1987, dans lequel il a été affirmé que, en matière d'atteinte à la santé humaine, il est possible de recourir à l'article 2043 c.c. it. Cet article serait en mesure de pourvoir non seulement à la réintégration du patrimoine de la victime, mais aussi de prévenir et de sanctionner l'acte illégal.

pour que le titulaire du droit puisse réagir contre la conduite d'autrui, si celle-ci se manifeste sous forme d'actes susceptibles de le provoquer. En d'autres termes, on peut dire que la protection fournie par l'ordre juridique au titulaire d'un droit s'emploie d'abord à interdire aux autres parties de se comporter de manière à contrevenir au droit, puis à sanctionner les effets dommageables de la conduite illicite en obligeant le responsable à l'indemnisation du dommage. En référence spécifique au droit à la santé, il serait contradictoire d'affirmer que celui-ci ne tolère pas d'interférences extérieures qui mettent en discussion l'intégrité, et d'admettre que la personne n'ait droit qu'à la seule défense de l'indemnisation du dommage et non à la défense préventive ». (Cour de Cassation, III chb civ., 27.07.2000 n° 9893, cit.).

43. Selon cet arrêt, il faudra donc vérifier les prémisses de la défense inhibitoire *ex* article 700 c.p.c. à chaque fois que la conduite contestée est susceptible de mettre en danger la santé de l'individu. Sur ces entrefaites, la Cour a décrété que le droit à la santé *ex* article 32 de la Constitution italienne[992], doit permettre de juger également les dangers potentiels. En d'autres termes, il ne faudra plus attendre que le dommage survienne pour bénéficier d'une défense efficace du droit à la santé, mais un risque accompagné d'exigences bien précises suffira. Ce principe se retrouve également dans des décisions successives.

La principale est sans nul doute prononcée par le Tribunal de Bologne, dans une ordonnance du 01.08.2006, laquelle justifie pleinement le recours à la protection inhibitoire en cas de risque de dommage dû à l'exposition à des champs électromagnétiques. Selon le Tribunal, il y a en effet « besoin d'adapter la catégorie de dommage à la santé en y incluant toujours le danger quand la situation juridique subjective d'ordre constitutionnel est exposée à des agents nuisibles environnementaux et non imputables à un acte individuel ou un mode d'agir définissable exactement sur le plan matériel et chronologique. Mais cette adaptation est encore insuffisante quand le facteur de pollution environnementale, biologiquement absorbé, n'est pas aisément contrôlable à court terme ou à moyen terme, tant en raison des difficultés de mesurage que de l'incidence de la variable temporelle dans la durée globale de

[992] Au nom duquel *"La République protège la santé au titre de droit fondamental de l'individu [38 2] et de l'intérêt de la collectivité, et garantit des soins gratuits aux indigents"*.

l'induction. Cette indétermination majeure et intrinsèque du fait dommageable imputable à l'induction électromagnétique doit influencer la qualification du danger à la santé, et non se traduire par une carence de protection. Elle doit être fondée sur la prévention du risque avec cessation consécutive de l'exposition face à une situation qualifiable de potentiellement nuisible, selon des normes rigoureuses de sécurité, et doit mener à une vérification du lien de cause à effet qui tient compte des limites plus vagues de détermination de l'acte illégal. […] L'intégrité psychologique et physique trouve, dans notre ordre juridique, un système de protection comparable du point de vue dogmatique, aux droits absolus et doit être considéré comme limité également par la prédisposition d'une condition d'aggravation des risques environnementaux due à l'absence d'adoption de normes adéquates de sécurité. […] Face à un cadre de preuve scientifique divisé et encore in fieri, la réponse ne peut être la négation ou une carence de protection d'un droit aussi prépondérant dans le catalogue constitutionnel que le droit à la santé, mais doit être en revanche la reconnaissance de la centralité du principe de précaution dans le domaine de la protection juridique. L'adoption d'un tel principe permet spécialement dans le pouvoir d'examen sommaire propre à la protection conservatoire, de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour éviter la persistance d'une situation dangereuse pour la santé, en laissant, au plein pouvoir d'examen, le contrôle de la coexistence d'un dommage actuel directement et incontestablement attribuable à l'exposition à charge du requérant ». (Tribunal de Bologne, ordonnance du 01.08.2006).

44. En définitive, l'on ne peut manquer de noter que le principe de précaution, du moins dans une optique de protection préventive, s'est révélé un instrument réellement efficace entre les mains des juges pour gérer le problème du risque de dommage. Il faudra à présent vérifier s'il en est ainsi dans une perspective d'indemnisation, ou si le dommage dû au risque peut être jugé persistant à chaque fois que le danger de ce dernier, faute d'intervention préventive ou d'adoption de mesures de précaution, s'est traduit par une exposition dommageable et, donc, indemnisable.

6. Les remèdes *ex post*. Absence d'adoption de mesures de précautions et dommage causé par l'exposition à un facteur de risque

45. Pour évaluer les situations dans lesquelles un dommage (réel ou « potentiel », dans les conditions qui seront précisées *infra*) s'est déjà produit, il faut remarquer que, au-delà d'une fonction générale de dissuasion, l'indemnisation du dommage a également, du moins sous nos latitudes, une fonction compensatoire. En ce qui concerne cette fonction compensatoire, précisons qu'elle est destinée à procurer un rétablissement, spécifique ou équivalente, de la situation juridique subjective affectée par l'acte illégal. Dans une telle acception, on parle aussi de *redress*. En effet, le verbe « to redress » exprime la correction de quelque chose d'*unfair*, en général en mettant la victime dans les conditions dans lesquelles elle se trouvait avant que ne se produise la situation illicite préjudiciable (« en lui rendant » de ce dont il a été injustement spolié).[993] L'*eventus damni* peut être considéré comme l'événement factuel, l'épisode par lequel l'activité ou le produit de l'activité génère des risques potentiels ou des dommages dans la sphère d'un sujet de droit, et cet « épisode » se manifeste parfois lors d'une « exposition » à un facteur de risque, producteur de dommage ou d'un risque de dommage.[994]

46. Il faut à présent se demander si l'infraction au droit à ne pas subir de lésion injustifiée, en termes de hausse du risque de dommage des suites d'une exposition (comme l'apparition d'une forme d'anxiété ou d'une préoccupation de contracter une maladie), surtout lorsque cette atteinte est due à l'absence de prises de mesures de précaution, peut être « compensée », donc répondre à la fonction compensatoire de l'indemnisation.

47. On pourrait arguer, *a contrario*, que la reconnaissance de la hausse du risque d'effets dommageables, comme le dommage en lui-même, s'il est indemnisable, impliquerait l'explosion des différends juridiques portant sur des activités risquées ainsi qu'une paralysie inacceptable des activités (voire minimes) risquées ; toutefois, il est bon d'observer que, comme le démontre le recours massif aux

[993] R.L. Rabin, *Esposizione ad amianto e "stress emozionale" per il timore di malattia futura*, *Danno e resp.*, 1998, 75.

[994] En ce sens, songeons à l'article 3, alinéa 1 de la loi n° 36/2001 - la fameuse Loi-cadre sur la protection contre les expositions à des champs électriques, magnétiques et électromagnétiques - qui définit l' « exposition » comme « *la condition d'une personne soumise à des champs électriques, magnétiques, électromagnétiques ou à des courants de contact, d'origine artificielle* ».

polices d'assurance dans la société actuelle, l'intérêt à l'exonération de tout risque représente une *commodity* susceptible d'estimation économique.[995]

48. En définitive, il faut remarquer que la progression des connaissances scientifiques en général devrait se traduire par un abaissement du seuil d'indemnisation du dommage, que l'on doit considérer comme actuel (et non futur) non seulement en présence d'une blessure physique déclarée, mais aussi d'une hausse du risque d'une telle blessure. Cette hausse du risque ne devrait pas être considérée comme indemnisable aux fins d'un déploiement total de la fonction compensatoire de l'indemnisation, si ce n'est en cas de probabilité raisonnable d'évolution d'un dommage futur, mais bien *ex se* comme une altération d'un intérêt juridiquement protégé.

49. Lorsque l'ampleur de l'objet de l'atteinte aura été établie ainsi que la fonction de l'indemnisation par rapport à cette dernière, il aura alors lieu d'identifier les modes de configuration concrète, c'est-à-dire le *nomen iuris* attribué à cette atteinte si elle est reconnue telle par la jurisprudence. Comme on l'a vu, le principe de précaution s'est affirmé dans le but de garantir un haut niveau de protection, entre autres, de la santé humaine. L'absence de prise de mesures de précaution pourra par conséquent provoquer une atteinte à la santé.

50. Si l'on affirme que l'atteinte consiste moins en la possibilité de développer une maladie qu'en une prédisposition majeure au risque de développement de cette maladie, l'atteinte à la santé considérée sous cet angle pourra se qualifier - en se reportant aux catégories du code civil italien - tant (i) sous forme de dommage matériel (consistant en frais engagés pour se soumettre à des contrôles fréquents et des examens cliniques afin de vérifier l'apparition de la maladie, dont le risque de l'attraper a été augmenté par l'exposition inconsciente - le *medical monitoring costs*, dans l'expérience juridique nord-américaine) que sous forme de (ii) dommage immatériel *ex* article 2059 c.c.

[995] B.C. Legum, *Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury*, 13 Ga. L. Rev. 563, 1984, 590-591.

51. En suivant la structure du dommage immatériel globalement privé des arrêts jumeaux fondamentaux de la Cassation en Chambres unies numéros 26972, 26973, 29674 et 29675 du 11 novembre 2008 (dans *Foro It.*, 2009, I, 120 ss.), l'on en arrive aux sous-catégories (a) du dommage biologique, conçu comme une atteinte temporaire ou permanente à l'intégrité psychologique et physique de la personne susceptible de contrôle médico-légal, et (b) du dommage moral, qui doit être considéré comme la souffrance morale causée par l'acte illégal lésionnel d'un bien constitutionnellement protégé, quand il ne constitue pas un élément d'un préjudice immatériel plus complexe (ou d'un dommage biologique).
Eh bien il semble évident que, si la présence de pathologies actuelles (ou leur développement potentiel) ne devait pas s'inscrire dans le cadre indemnisable, le dommage biologique en resterait exclu, tandis que c'est précisément la « souffrance morale » provoquée à la victime par l'augmentation du risque qui serait indemnisable, c'est-à-dire l'anxiété ou la peur de pouvoir contracter une pathologie, donc un dommage moral.

52. Le dommage d'un risque devrait donc constituer un dommage moral indemnisable à tous les effets, et la jurisprudence, tout en le qualifiant d'un autre nom, est parvenue récemment à ces mêmes conclusions.[996]

53. Que l'on songe par exemple à l'arrêt de la Cour de Cassation en Chambres unies n° 2515 du 21 février 2002[997] laquelle en renversant la perspective adoptée par la Cour quelques années auparavant,[998] a affirmé que *« en cas de dégradation de l'environnement suite au désastre par négligence, le dommage moral subjectif dont se plaignent les sujets qui se trouvent dans une situation particulière (puisqu'ils habitent et/ou travaillent dans ledit environnement) et qui prouvent concrètement avoir subi un trouble psychologique (souffrance et angoisses) de nature transitoire à cause de*

[996] L. Gaudino, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de Cassation sur le Préjudice d'anxieté*, *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 12.
[997] Prononcée dans le « cas Seveso » désormais célèbre (dans *Riv. Giur. Ambiente*, 2002, 947, avec une note de B. Pozzo, *Il caso Seveso e la risarcibilità del danno morale*).
[998] Cass. civ., III chb , n° 5530/1997, *Danno e resp.*, 1997, 711; Cass. civ., III chb, n° 4631/1997, dans *Corr. Giur.*, 1997, 1172.

l'exposition à des substances polluantes et aux limitations consécutives du déroulement normal de leur vie, est indemnisable de façon autonome, même en l'absence d'atteinte à l'intégrité psychologique et physique (dommage biologique) ou d'autres événements provoquant un dommage matériel » (Cour de Cassation, Chambres unies civiles, 21.02.2002 n° 2515, *Riv. Giur. Ambiente*, 2002, 947). En d'autres termes, le dommage causé par la peur a été considéré par les Chambres unies de la Cour de Cassation comme pleinement indemnisable, même à défaut de dommage biologique, qu'il soit actuel ou futur.

54. Ce principe a été repris par la même Cour de Cassation dans l'arrêt n° 11059 du 13 mai 2009, dans lequel elle a constaté l'existence d'un dommage incorporel indemnisable de façon autonome (et susceptible d'être démontré par présomptions) sous forme d'une *« angoisse causée par la préoccupation pour son état de santé »* (Cass. civ. III chb, n° 11059/2009, *Riv. Giur. ambiente*, 2009, 6, 1005).[999]

55. En définitive, le passage à une vision plus moderne de la responsabilité civile, fondée sur la fonction de prévention bien plus pertinente, implique la nécessité d'une relecture de ses éléments constitutifs pour pouvoir assimiler, aux situations de dommage certain et actuel, des situations où le

[999] *Cass., civ. III chb., n° 11059/2009, Riv. Giur. ambiente*, 2009, 6, 1005.
La reconnaissance d'un tel cas de dommage a eu lieu en France.
La Cour de Cassation a en effet récemment affronté le cas d'un homme qui avait travaillé pendant plus de trente ans au service d'Ahlstrom Label Pack, entreprise fabriquant du papier d'emballage et employant, dans le processus de production, des machines dont les rouleaux étaient revêtus de feuilles d'amiante. En 2007, l'homme a intenté une action en justice contre la société en l'accusant d'être coupables de l'avoir exposé aux risques de l'amiante et en demandant, entre autres, l'indemnisation du *préjudice d'anxiété* lié à la souffrance et à l'angoisse d'apparition possible de la maladie.
La première instance est favorable au travailleur, qui se voit confirmer son droit à l'indemnisation par la Cour d'Appel de Bordeaux, laquelle affirme notamment qu' *"il est indéniable que la légèreté mise par l'employeur dans la mise en secure de son obligation de sécurité alors qu'il devait en assurer l'effectivité, n'a pu que majorer l'inquiétude dans laquelle vit le salarié qui redoute à tout moment de voir se révéler une maladie liée à l'amiante et qui doit se plier à des contrôles et des examens réguliers qui par eux même réactivent cette angoisse*".
Dans un *arrêt* du 11 mai 2010, la Cassation a définitivement confirmé la décision des juges compétents, en admettant pour la première fois l'indemnisabilité du *préjudice d'anxiété* au profit des sujets exposés au risque de contracter une pathologie mais non malades, c'est-à-dire de ceux qui se trouvent *"dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse"*. App. Bordeaux, 7 avril 2009, n° 08/04292, *Rec. Dalloz*, 2009, 2091. et Cass. Ch. Soc., 11 mai 2010, citée dans L. Gaudino, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo…*, cit.

dommage n'est pas encore tout à fait prouvé scientifiquement mais est, quoi qu'il en soit, en évolution potentielle.

56. La solution pourrait consister à reconnaître progressivement le dommage du risque, qui doit indemniser le préjudice subi par un sujet lors d'une exposition à un facteur de risque : une telle exposition est illégale dans la mesure où elle s'avère en contradiction avec les règles de précaution qui imposent à l'auteur potentiel du dommage de prendre toutes les mesures appropriées pour éviter ce dommage. Le préjudice se traduit par la souffrance morale causée par la peur de contracter une pathologie et par les frais engagés pour se soumettre à des contrôles médicaux continus.

57. Il en résulterait un processus d'extension du principe de précaution sur le terrain de la responsabilité civile, qui au lieu de bouleverser ses traits essentiels, les renforcerait, surtout dans les situations liées à la protection de la santé.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN ITALIE

Mariavaleria del Tufo
Professeur à l'Université Suor Orsola Benincasa, Naples

Principe de précaution et droit pénal - Depuis quelques décennies[1000] le principe de précaution[1001] s'est ancré de façon plus ou moins importante dans l'ordre juridique de chacun de nos pays. Il s'agit

[1000] Le principe remonte à la fin des années 1960 et nait en contexte environnemental : jusqu'à cette époque on croyait possible déterminer l'impact de la présence humaine sur l'environnement et en combattre la dégradation éventuelle avec des mesures de prévention, car on confiait que la science pouvait identifier avec certitude la menace ou le risque de dommage en indiquant les actions à mener. Par la suite, on s'est rendu compte que la science n'est pas toujours en gré d'offrir des réponses certes et qu'il n'est pas possible attendre la fin de l'incertitude pour mettre en œuvre de mesures correctives, avec le risque que le retard provoque des conséquences néfastes et irréversibles.
C'est à ce point-là que le principe de précaution fournit une perspective : il fait son chemin l'idée que, au lieu d'attendre des preuves irréfutables sur la dangerosité d'un facteur X, il vaut mieux anticiper la mise en œuvre de mesures précautionneuses, pour le fait qu'il existe un risque significatif de danger écologique, même si le risque ne peut être prouvé. V., en général, *La précaution de Rio à Johannesburg : Travaux d'une table ronde organisée par le Réseau Environnement de Genève*, www.environmenthouse.ch

[1001] Le principe de précaution est mentionné dans l'art. 191.2 du TFUE (*Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*) (2012), qui reproduit le texte de l'art. 174 TCE (1957) : *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur.* Comme le souligne la Commission, il n'y a pas dans la législation de l'Union une définition du principe de précaution : *A l'instar d'autres notions générales contenues dans la législation, telles que la subsidiarité ou la proportionnalité, il appartient aux décideurs politiques, et en dernier ressort aux instances juridictionnelles, de préciser les contours de ce principe. En d'autres termes, la portée du principe de précaution est aussi liée à l'évolution jurisprudentielle, qui, d'une certaine manière, est influencée par les valeurs sociales et politiques prévalant dans une société.* D'ailleurs *Il ne faudrait pas pour autant en conclure que l'absence de définition se traduit dans une insécurité juridique. La pratique acquise lors du recours au principe de précaution par les instances communautaires et le contrôle juridictionnel permettent, en effet, de donner une portée de plus en plus précise à la notion du principe de précaution.* Selon la Commission il peut être invoqué lorsque un phénomène, un produit ou un procédé peut avoir des effets potentiellement dangereux, identifiés par une évaluation scientifique et objective, si cette évaluation ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude (*Synthèses de la législation de l'UE : principe de précaution*). Pensé pour l'environnement le principe est considéré d'application générale : *La Commission considère que le principe de précaution est un principe d'application générale …. Bien*

d'un principe nouveau, d'un principe «moderne », fils d'un temps d'incertitudes, qu'il prétend d'être en mesure de gérer[1002]. Tout en étant lui-même problématique et controversé, il présente de multiples

---

que dans le Traité le principe de précaution ne soit expressément mentionné que dans le domaine de l'environnement, son champ d'application est beaucoup plus large. Il couvre les circonstances particulières où les données scientifiques sont insuffisantes, peu concluantes ou incertaines, mais où, selon des indications découlant d'une évaluation scientifique objective et préliminaire, il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter que les effets potentiellement dangereux sur l'environnement et la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau choisi de protection. (*Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution / COM/2000/0001 final*), Introduction, § 3.

[1002] Au niveau international, un des premiers exemples de l'application du « principe de précaution » dans le cadre d'importantes négociations internationales est la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, adoptée dans le cadre de l'ONU et ouverte à la signature à Vienne le 22 Mars 1985 (Art. 2. 2.b) : (Les Parties) *adoptent les mesures législatives ou administratives appropriées et coopèrent pour harmoniser les politiques appropriées visant à réglementer, limiter, réduire ou prévenir les activités humaines relevant de leur juridiction ou de leur contrôle s'il s'avère que ces activités ont* ou sont susceptibles d'avoir *des effets néfastes par suite de la modification,* ou de la modification susceptible de se produire*, de la couche d'ozone*). Le Protocole à la Convention, relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone, Montréal , 16 Septembre 1987, reprend le principe de précaution dans son Préambule, mais en effet c'est tout son texte qui en est inspiré. Comme le dit le Secrétariat pour la Convention de Vienne et le Protocole de Montréal (WT/CTE/W/57, 28 Aout 1997, p. 2, III A. 6) *...c'est au nom du « principe de précaution » que les gouvernements ont pris conscience que la couche d'ozone était nécessaire à la vie sur Terre et que, comme le supposait la communauté scientifique, les CFC jouaient probablement un rôle dans sa raréfaction. Ils ont également compris que s'ils attendaient, pour agir, les épreuves irréfutables de la culpabilité des CFC, ils risquaient de laisser la couche d'ozone se raréfier dans des proportions telles que les conséquences en seraient dramatiques. Depuis la conclusion en 1987 des accords sur l'ozone, le principe de précaution est devenu le moteur de l'action*. Que *le manques de certitudes scientifiques ne doit pas être une excuse à l'absence d'actions immédiates pour prévenir une dégradation majeure de l'environnement* est d'ailleurs l'affirmation contenue dans la « Déclaration ministérielle » du 7 novembre 1990 sur la nécessité de réduire les émissions de gaz à effet de serre élaborée par la Seconde Conférence mondiale de Genève sur le climat. La même approche, déclinée sous l'angle du « contrôle de la menace » de pollution, inspire la Convention pour la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la Région du Sud Pacifique, signée à Noumea (Nouvelle Calédonie) et entrée en vigueur le 18 Septembre 1990. A partir des années 1990, en effet, le principe de précaution est repris dans la plupart des Conventions internationales qui s'occupent d'environnement. Impossible d'en faire une liste. Les références juridiques majeures sont contenues dans la Déclaration de Rio adoptée par l**a** Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992 (Principe 15, qui affirme: *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement*). C'est la formule, reprise à la lettre ou exprimant l'approche sous-entendue aux mesures envisagées, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 1992 (art.3.3) ; de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, Convention OSPAR, Paris 22 Septembre 1992, (art. 2.2.a), qui choisit d'autres termes pour

définir le principe de précaution*, selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entrainer des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agréments ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets*) ; de la Convention sur la diversité biologique (adoptée lors du sommet de la Terre à Rio de Janeiro et ouverte à la signature le 5 Juin 1992 (Préambule), ainsi que de son Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques (« Protocole sur la Biosécurité »), signé à Montréal le 29 Janvier 2000 dans le cadre de l'ONU (Préambule ; art. 1) ; dans la Convention de Stockholm sur les polluants persistants, 22-23 Mai 2001 (Préambule, art. 1, art. 8). Le principe de précaution est bien présent, au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dans le cadre de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord TBT) . L'approche précautionneuse est celle adoptée par l'Autorité Internationale des Fonds Marins, qui - dans le Cadre juridique général constitué par la Convention des NU de 1982 sur le droit de la mer et par l'Accord de 1994 relatif à son application en ce qui concerne l'exploitation minière des grands fonds marins - a publié un Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone (adopté le 13 Juillet 2000, mis à jour et adopté le 25 Juillet 2013) ; un Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone (adopté le 10 Mai 2010) ; un Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des encroutements cobaltifères (adopté le 27 Juillet 2013) : les trois règlements s'inspirent au principe de précaution, comme le témoignent, respectivement, la règle 31.2 (nodules), la règle 33.2 (sulfures), la règle 33.2 (encroutements cobaltifères), en explicitant aussi un autre caractère du principe, qui impose de ne mettre en œuvre n'importe quelle action appropriée, mais de choisir les *best practices* dans le domaine (sulfures). A tel point l'approche précautionneuse s'impose dans le domaine de l'environnement que l'advisory opinion du Tribunal International pour la Loi de la Mer (ITLOS) le 1 Février 2011 a retenu que le principe de précaution peut être considéré aujourd'hui comme partie du droit coutumier international (*Responsabilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area,* p. 41,§ 135 : « The Chamber observes that the precautionnary approach has been incorporated into a growing number of international treaties and other instruments, many of which reflecy the formulation of Principle 15 of the Rio Declaration. In the view of the Chamber, this has initiated a trend towards making this approach part of customary international law ». Pour ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme, comme l'a souligné J.-C. Saint-Pau, *Les infraction de précaution*, « Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2015, 265, 266, dans l'arrêt *Tatar c. Roumanie*, 6 Juillet 2009, la Cour a reconnu que *l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants* fait *peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables à protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé*. (§ 107. Par ailleurs, le principe de précaution – selon lequel, pour s'exprimer avec les mots de la Cour , *l'absence de certitude compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne saurait justifier que l'État retarde l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement* (II, B), H)) - recommande aux États de *ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique* (§ 109). *Les conditions d'exploitation fixées par les autorités roumaines en l'espèce se sont révélées insuffisantes pour prévenir une situation lourde de conséquences pour l'environnement et le bien-être de la population* (§ 112) D'autant plus que, comme l'avait noté la Cour, *il s'agissait d'une technologie*

facettes et appartient à une constellation sémantique qui évoque le *dark side* de la modernité : le sentiment de la dangerosité[1003] d'une nature qui peut se rebeller aux agressions d'une technologie anthropocentrique[1004] ; la peur de l'homme face à son futur ; l'illisibilité des conséquences de certaines interventions technologiques, qui, faute de connaissances scientifiques suffisantes, empêchent la prévisibilité de leur impact ; le sentiment de malaise et d'insécurité qui - spontané ou provoqué – semble marquer de plus en plus la vie de chacun. A la société du risque, à la *Risikogesellschaft*[1005], de nos jours on répond avec une approche de précaution qui se voudrait rationnelle[1006]. Là où les certitudes

---

nouvelle, jamais utilisée en Roumanie, et dont les conséquences pour l'environnement étaient inconnues (§108). La Cour conclut alors que *les autorités roumaines ont failli à leur obligation d'évaluer au préalable d'une manière satisfaisante les risques éventuels de l'activité en question et de prendre des mesures adéquates capables de protéger le droits de intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé* (§ 112). Il est intéressant noter que la Roumanie est censée avoir violé l'art. 8 CEDH aussi sous l'angle du défaut d'informations des risques au publique : à ce propos, la Cour rappelle que, *au niveau international, l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement sont consacrés par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998* et que dans le même sens s'exprime *la Résolution no 1430/2005 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les risques industriels* qui *renforce, entre autres, le devoir pour les États membres d'améliorer la diffusion d'informations dans ce domaine*.

[1003] On dirait que, selon la Commission (*Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution / COM/2000/0001 final*), c'est plus au sentiment d'insécurité et de crainte de la population qu'aux risques effectives que le principe de précaution doit apporter une réponse : *l'opinion publique a une perception accrue des risques auxquels les populations ou leur environnement sont potentiellement exposés. Le développement extraordinaire des moyens de communication a favorisé cette nouvelle capacité d'appréhender l'émergence de risques nouveaux, avant que les recherches scientifiques n'aient pu faire toute la lumière sur le problème. Les décideurs politiques se doivent de prendre en compte les craintes qui s'attachent à cette perception et de mettre en place des mesures préventives pour supprimer ou, à tout le moins, limiter le risque à un niveau minimal acceptable* (Introduction, §§ 1 et 2).

[1004] Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt am Main, 1979.

[1005] Pour une contribution fondamentale sur la situation contemporaine face à la gestion du risque, qui a ouvert et rendu fécond le débat en tous les domaines, y compris celui du droit pénal, v. U. Beck, *Risikogesellschaft*. *Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986. V. aussi N. Luhmann, *Risk : a sociological Theory*, Berlin-New York, 1991.

[1006] Au seuil du XXIe siècle, l'acceptabilité du risque impose de nouveaux modèles de régulation. Le danger engendre la peur, mais le risque n'est pas le danger, le risque se prend quand le danger peut s'éviter. L'apparition de la notion de risque dans la culture occidentale témoigne d'une profonde transformation dans le rapport au danger: face au danger et à certains d'entre eux, on peut décider, de manière tout à fait rationnelle, de les courir. Le risque ne va pas avec la peur, mais avec le courage, Avis du Comité économique et social sur le "Recours au principe de précaution" (2000/C 268/04), § 2.1.

scientifiques manquent, là où il y a des risques qui peuvent provoquer des dommages, la règle s'impose : comme le disait avec ironie Sunstein, dans ces cas-là *suivez le principe de précaution* ![1007]. Et en effet, lorsqu'on raisonne en termes de risques, de menaces et d'incertitudes, on s'aperçoit que la capacité extensive du principe est énorme. On avait commencé à l'évoquer pour gérer les risques par rapport à la santé et à l'environnement : on est arrivé à l'invoquer pour faire la guerre – il suffirait de penser aux justifications données à l'intervention américaine en Iraq – ou pour combattre le terrorisme[1008].

Sur cette base on vient de le retrouver de plus en plus utilisé au pénal, où il pourrait prendre racine dans un terrain vraisemblablement déjà prêt pour l'accueillir, parce qu'il donne une réponse répressive forte aux sentiments d'insécurité, aux besoins de protection de la société, au sentiment populaire d'avoir à tout prix un bouc émissaire. D'ailleurs : la sécurité par le biais du droit pénal, voilà une question ancienne, qui n'appartient pas à la contemporanéité, mais qui remonte jusqu'à Hobbes et qui caractérise tout le droit pénal moderne[1009], renforcée par l'exigence, désormais acquise par le droit pénal d'aujourd'hui, d'assurer aux victimes une reconnaissance appropriée. A ce propos il faut avoir claires les alternatives possibles face au principe de précaution, qui commence à faire son chemin dans ce domaine[1010]. Il faudra bien décider s'il faut l'accepter, au prix de bouleverser et flexibiliser les catégories dogmatiques qui expriment les garanties de la liberté de la personne[1011]; s'il faut en tenir compte, dans

---

[1007] C. R. Sunstein, *Au- delà du principe de précaution*, « Ethique et Economique /Ethics and Economics, », 7,(2) , 2010, Special Issue : *Institutions and Precautionary Principle*, http://ethique-economique.net, p. 2., avec sa vision très critique du recours au principe de précaution. V. déjà du même A., *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

[1008] V. , pour tous, le développement de la pensée de U. Beck : pour ce qui concerne la guerre et la politique des Etats Unis, en italien, *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale* , Bologna, 2003, 273 ; pour ce qui concerne le terrorisme et, en général, pour un développement de la sociologie des risques et du discours des "logiques" des risques globaux à caractère économique, écologique et terroriste, sa très vaste analyse *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit,* Berlin, 2007.

[1009] W. Naucke, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts,* « Kritische Vierteljahresschrift für Rechtswissenschaft », 93, 2 (2010), 129 ss.

[1010] La référence est encore à Naucke, *Die robuste Tradition*, cité.

[1011] V. par example G. Stratenwerth, *Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrecht ?*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft » (ZStW), 1993, 679 ss., qui, sans référence expresse au principe de précaution, relève l'insuffisance du droit pénal moderne à faire face aux défis de la contemporanéité, surtout en matière d'environnement et surtout par rapport à la nécessité de prendre en charge les générations futures. Il pose la question essentielle: ne pas observer les catégories fondamentales du droit pénal ou "bagatelliser" les menaces de l'avenir?

une logique de coexistence rigoureuse avec les garanties fondamentales du droit pénal constitutionnel[1012]; s'il faut en refuser l'application au sein d'un droit pénal qui ne veut pas se reconnaitre dans un droit pénal sécuritaire, qui déplace encore ses frontières : de la prévention à la précaution[1013].

D'ailleurs, suivant le principe de précaution, l'individu serait tenu pénalement responsable par le biais d'un principe né pour inspirer *les politiques publiques* là où il y a des décisions à prendre pour la gestion des risques. Si les scientifiques et les institutions publiques doivent suivre des procédures complexes pour arriver à une décision relative aux modalités d'action ou même à un choix d'inaction si la science n'offre pas encore des certitudes[1014], il faut se demander si on peut exiger que les individus

---

Son plaidoyer nait de la conscience qu'*on ne peut pas faire face aux problèmes du XXI siècle avec des outils conceptuels du XVIII siècle.* (p. 689). Il juge nécessaire partir à la recherche d'un *changement d'approche aussi dans le champ pénal,* et ça *prenant ses distances de façon critique de l'attitude illuministe de base que l'homme a à l'encontre de son univers* (ibidem), selon laquelle il est *le seigneur de la création* (p. 691). Pour le droit pénal le changement de perspective implique un changement de paradigme et de catégories (par rapport aux biens juridiques à protéger, mais aussi et surtout à la façon d'intervenir sur les normes générales de conduite, appuyées d'ailleurs sur des valeurs déjà présentes dans la société, même si de façon encore indéterminée et incertaine (p. 694)). Il faut donner voix à ces changements culturels avec un travail de détail à accomplir par la loi, les juges, la doctrine : Stratenwerth – en 1993 – ne donne pas d'indications précises, mais il est convaincu qu'*on peut bien trouver tôt ou tard*, dans cette perspective, des *solutions* o*bjectivement raisonnables et réalisables pour ce qui concerne les problème de la causalité et du résultat, de l'intention et de la conscience de l'illicéité, de l'auteur de l'infraction et de la participation ou de la responsabilité pénale des entreprises* (p. 695). Les règles à développer dans le domaine de la responsabilité pénale doivent en tout cas – même pour les infractions qui se réfèrent aux générations futures - offrir *le degré nécessaire de certitude dogmatique* (p. 688) : *das heißt, auch für die zukunftsbezogene Delikte Regeln der strafrechtlichen Zurechnung zu entwickeln, die das nőtige Maß an dogmatischer Sicherheit vermitteln.*

[1012] Encore sans une référence expresse au principe de précaution, mais évaluant les moyens qu'un Etat de droit devrait utiliser pour prendre au sérieux et gérer au mieux la tendance « stabilisée » et incontournable vers un droit pénal orienté à la « sécurité » - en vue de mettre en place un « *rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht* » , c'est-à-dire un droit qui doit préserver l'héritage fondamentale du droit pénal : la référence à la personne ; le caractère adéquat de la réponse à l'illiceité et à la culpabilité ; les buts de protection et de préservation, v. W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, « hrr-strafrecht.de », Online-Zeitschriften HRRS & Rechtsprechungsdatenbank, 2006.

[1013] Pour cette solution, largement partagée en doctrine, v. Naucke, *Die robuste Tradition*, cité.

[1014] Selon la Commission : il est nécessaire, suivant le principe de précaution, une approche structurée de l'analyse du risque, fondée sur trois éléments: l'évaluation du risque, la gestion du risque et la communication du risque. (…) La mise en œuvre d'une approche fondée sur le principe de précaution devrait commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible et, si possible, déterminant à chaque stade le degré d'incertitude scientifique. 5. Les décideurs doivent être conscients du degré d'incertitude lié aux résultats de l'évaluation des informations

suivent le même parcours et soient tenus pénalement responsables si la décision n'est pas la bonne et si le dommage s'avère[1015] . Difficile à croire, *ex post facto*, qu'on ne pouvait pas être plus précautionneux ! Et la remarque ne vaut pas moins si on réfléchit que maintes fois les responsables agissent pour des multinationales ou des grandes entreprises. Bref, il faudrait se demander si le droit pénal - droit théoriquement d'*ultima ratio* -, est l'instrument le mieux placé pour réagir à une mauvaise gestion des risques ou si sa mise en cause est due à d'autres raisons: par exemple au fait qu'il donne une réponse aux exigences d'être rassuré, aux besoins de consensus, aux pressions médiatiques, à l'envie de punir ou aussi bien au fait qu'il est obligé « par contexte » à exercer de fonctions de suppléance face à un manque de politiques publiques[1016] et – on n'a pas manqué de souligner par rapport à l'Italie – à une large inutilisation du potentiel du droit civil et du droit administratif[1017].

Face à ces considérations, il faut prendre acte que le principe a été introduit dans la législation comme logique de criminalisation et qu'il va bien avoir des effets horizontaux, c'est-à-dire au niveau de l'application aux individus par le biais de l'interprétation. Lorsque un instrument entre à faire partie du système, sa destinée est celle d'être utilisé.

Et, d'ailleurs, nous sommes confrontés à des problèmes qui surgissent dramatiquement de la réalité : surtout en matière environnementale, là où le principe de précaution – et non sans raison – s'est

---

scientifiques disponibles... Les décideurs confrontés à un risque inacceptable, à une incertitude scientifique et aux préoccupations du public ont le devoir de trouver des réponses. Par conséquent, tous ces facteurs doivent être pris en considération. Dans certains cas, la bonne réponse pourrait consister à ne pas agir ou du moins à ne pas prendre une mesure juridique contraignante. Une vaste gamme d'initiatives sont disponibles en cas d'action, depuis une mesure légalement contraignante jusqu'à un projet de recherche ou une recommandation. La procédure de décision devrait être transparente et associer dès le début et dans toute la mesure du possible la totalité des parties intéressées. (Communication de la Commission sur le "Recours au principe de précaution" (COM/2000/001 final), §§ 4-5).

[1015] La difficulté du processus qui porte à la décision est clairement exposé dans le document de la Commission dans les pages consacrées aux « Le principe de précaution dans ses composantes » et aux « Lignes directrices pour le recours au principe de précaution », (COM/2000/001 final), § 5 et 6.

[1016] Juger ce qui est un niveau "acceptable" de risque pour la société est une responsabilité éminemment politique (COM/2000/001 final), § 5.

[1017] F. Stella, Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, III ed., Milano, 2003, 104 ss.

développé pour la première fois. Que faut-il faire - par exemple -, que faut-il que le droit pénal fasse[1018] lorsqu'on compte – comme on a compté en Italie dans les dernières années – des centaines et des centaines de personnes qui sont mortes ou meurent, qui sont tombées ou tombent malades dans un contexte où il y avait - il y a - des conduites, des produits, des substances, dont la dangerosité est incertaine d'un point de vue scientifique, mais qui font registrer des risques pour la santé humaine ?

Le pénaliste a été jusqu'à présent appelé à gérer des faits qui produisent un dommage ou un danger pour un particulier ou un danger pour la sécurité publique, danger qui peut se traduire dans les lésions ou les morts d'un ou de plusieurs individus, mais l'exposition, en raison de la production industrielle, d'une entière population d'une certaine zone à la maladie et la mort est un phénomène nettement contemporain. C'est l'épidémiologie qui, à partir surtout de la deuxième moitié du siècle dernier, nous aide à observer les relations entre un taux élevé de maladies et de morts dans un certain endroit, dans un certain temps, et la présence, en proximité, d'un certain facteur – le plus souvent lié à des processus de production : l'amiante, la dioxine, les ondes électromagnétiques. Or quelles sont les possibilités de réaction du système ? Comment démontrer avec les catégories pénalistes existantes que c'est justement ce facteur qui a provoqué la maladie ou la mort d'un individu déterminé ? Comment motiver la présence d'un rapport de causalité ? Est-il possible de suivre d'autres chemins et de recourir à des incriminations autres que les lésions et l'homicide – par exemple le désastre – pour n'être pas obligé à la tâche vraiment très lourde de fournir la preuve de la causalité pour chaque mort, pour chaque pathologie ? Puisque l'incubation de ces maladies est très très longue – quelque fois plus de trente ans : c'est le cas du mésothéliome pulmonaire causé par l'exposition à l'amiante –, comment identifier les responsables au pénal parmi ceux qui se sont succédé dans les années comme responsables d'une production ? Et, sous l'angle de la responsabilité personnelle, est ce qu'il est possible, sur la base du principe de précaution, considérer – à l'état actuel de la dogmatique pénale - une personne responsable au pénal pour une conduite dont la dangerosité est incertaine même pour la science ? Si c'est *l'éventualité* et non *la possibilité* d'éviter le résultat qui fonde la responsabilité, que reste-t-il du paradigme de la faute?

[1018] Il faut réfléchir sur l'affirmation de G. Statenwerth, Zukunftsicherung, cité, 696 : Je ne veux pas être un représentant d'une science qui se soustrait sciemment à cette tâche.

On m'a confié la tâche d'explorer quelle est l'attitude du système pénal italien face au principe de précaution: s'il a été reçu au niveau législatif ; s'il a été utilisé par la jurisprudence; comment la doctrine a réagi à son émergence. Je vais donner un coup d'œil rapide sur quelques dispositions qui sont inspirées du principe de précaution et après je montrerais comment la jurisprudence italienne, quelquefois sans même être parfaitement consciente de la logique qu'elle utilise, a cherché de résoudre des affaires là où les expositions à des risques, en l'absence de certitudes scientifiques, se sont accompagnées de la maladie et de la mort d'un grand nombre d'individus. C'est évidemment un contexte où l'on pourrait raisonner en termes de précaution. C'est une histoire passionnante et dramatique : comme l'a dit le Procureur général de la Cassation, qui a demandé et obtenu le non-lieu pour prescription de la condamnation à 18 ans dans l'affaire Eternit, face à plusieurs centaines de victimes, « un juge soumis à la loi entre droit et justice doit choisir le droit ». C'est vrai. Et on a le devoir de s'imaginer un droit qui se rapproche le plus de la justice. Le problème consiste à voir si la solution peut passer par le principe de précaution.

58. Le principe de précaution au niveau législatif et son potentiel expansif : de la protection de l'environnement aux secteurs relatifs à la sécurité - En Italie[1019] il n'y a pas de dispositions constitutionnelles qui établissent un principe de précaution. Néanmoins un tel principe appartient évidemment au système : par le biais de l'art. 10 de la Constitution, si – en domaine environnemental – il est un principe de droit coutumier, de l'art. 117, étant un principe conventionnel, de l'art. 11, puisqu'il a été établi par les Traités européens - de Maastricht à Lisbonne[1020] - pour ce qui concerne

[1019] Pour un aperçu sur l'impact du principe de précaution sur le système pénal italien, v. D. Castronovo, Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione, www.penalecontemporaneo, 2010; C. Perini, Il concetto di rischio nel diritto penale moderno, Milano, 2010; E. Corn, Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale, Torino, 2013; F. Consorte, Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi, Torino, 2013; A. Orsina, Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il Tusl come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni, Torino, 2015. V. aussi les réfléxions de F. D'Alessandro, Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale, Milano, 2012.

[1020] Le Traité d'Amsterdam, reprenant les dispositions déjà introduites par le Traité de Maastricht de 1992, et plus précisément à son article 174, indique: «2. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la

l'environnement. Toutefois, il faut remarquer que, comme l'a souligné la Commission, bien que dans le Traité le principe de précaution ne soit expressément mentionné que dans le domaine de l'environnement, son champ d'application est beaucoup plus large. Il couvre les circonstances particulières où les données scientifiques sont insuffisantes, peu concluantes ou incertaines, mais où, selon des indications découlant d'une évaluation scientifique objective et préliminaire, il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter que les effets potentiellement dangereux sur l'environnement et la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau choisi de protection. Et, en effet, le droit dérivé qui donne application au principe – et qui est repris par le droit interne - est très copieux et s'étend à presque tous les secteurs qui s'occupent de sécurité. Mais, si le principe de précaution entre dans le système juridique italien par le biais du droit international et européen et, si le discours sur sa place au sein du système n'a pas encore été entamé avec clarté, la Cour constitutionnelle s'en est quand-même occupée, en 2006, par rapport à la coexistence entre agriculture transgénique, conventionnelle et biologique, en soutenant que on peut justifier, du point de vue de la Constitution, l'imposition de limites à l'exercice de la liberté d'initiative économique par le biais des principes de prévention et de précaution seulement en raison de positions fondées sur la vérification de l'état des connaissances scientifiques et des preuves expérimentales acquises au moyen d'institutions et d'organismes, nationaux ou supranationaux, chargés de ça, vue l'importance fondamentale des organes scientifiques et techniques [1021]. La Cour avait utilisé les mêmes mots dans un arrêt du 2002[1022], pour affirmer que le législateur ne peut jamais intervenir dans le choix thérapeutique du médecin en raison de son pouvoir discrétionnaire, mais seulement sur la base de la vérification de l'état des connaissances scientifiques reconnues[1023]. Dans cet arrêt elle semble aussi affirmer que le législateur peut prendre en compte le principe de précaution en exigeant des procédures particulières pour l'emploi de moyens thérapeutiques à risque, dans le but de mieux assurer le bien-fondé des choix thérapeutiques et le respect des précautions nécessaires.

Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur- payeur. ..». La disposition est maintenant reproduite à l'art. 191 TFUE.

[1021] C.cost. 116/2006, § 6.

[1022] C. Cost. 282/2002, § 5.

[1023] La Cour constitutionnelle a déclaré l'illégitimité d'une loi régionale qui envisageait une suspension temporaire de l'électrochoc, de la lobotomie préfrontale et d'autres interventions semblable en psychochirurgie.

Pour ce qui concerne la législation, c'est le domaine environnemental le champ d'application majeur du principe de précaution. Malgré l'absence d'une disposition expresse[1024], l'environnement est protégé par ricochet par la Constitution italienne (articles 9 (protection du paysage et du patrimoine artistique) et 32 (protection de la santé)) et a été déclaré par la Cour constitutionnelle droit fondamental de la personne et intérêt fondamental de la collectivité[1025], qui exige un haut standard de protection, visée à sa conservation[1026]. L'Italie s'est donnée un code de l'environnement avec le d.lgs n. 152/2006, inspiré par la normative européenne, à partir du choix de protéger « au pénal » l'environnement avec un corps de dispositions plus spécifiques par rapport aux incrimination déjà présentes dans le code pénal[1027]. La discipline concerne les déchets, la défense du sol, la protection des eaux et des ressources hydriques, la protection de l'air et la réduction des émissions dans l'atmosphère. Le principe de précaution est mentionné par l'art. 3ter du décret sur les principes inspirateurs (La protection de l'environnement et des écosystèmes naturels et du patrimoine culturel doit être garantie par tout organisme publique ou privé et par les personnes physiques et morales, publiques ou privées par le biais d'une action adéquate fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur payeur, principes qui règlent la politique européenne en matière environnementale[1028]). Des références ultérieures sont présentes en matière de gestion des déchets[1029] et d'indemnisation[1030]. La protection pénale, déclenchée au

[1024] La loi const. 18 Octobre 2001, n. 3 introduit le mot dans la Constitution sous l'angle de la répartition des compétences entre Etat et Régions, en donnant à l'Etat la compétence exclusive à légiférer en matière de « sauvegarde de l'environnement , de l'écosystème et des biens culturels», en modifiant en ce sens l'art. 117 Const.
[1025] C. cost. 210/1987.
[1026] C. cost 9/2013.
[1027] La référence est à la Directive 2008/99/CE, 19 Novembre 2008, Protection de l'environnement par le droit pénal. Le Conseil de l'Europe avait déjà ouvert à la signature le 4 Novembre 1998 la Convention de Strasbourg sur la protection de l'environnement par le droit pénal (*STCE n. 172*).
[1028] D'ailleurs l'article reproduit le texte de l'art. 191.2 TFUE (La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur), ex-art. 174.2 Traité des UE.
[1029] Art. 178 cod. amb.
[1030] Artt. 301, 307 cod. amb.

dépassement des limites maximales fixées par l'autorité administrative pour les rejets de polluants, ne s'est pas avérée efficace et en mesure de gérer au mieux le phénomène. Le législateur, afin de mettre en œuvre la directive 2008/99/CE1031 sur la protection pénale de l'environnement et sous l'effet du désarroi provoqué par l'annulation par la Cassation de l'arrêt Eternit, le 28 Mai 2015 a introduit dans le code pénal un Titre spécifique, le VI bis (l. 28/2015), Délits contre l'environnement (articles de 452bis à 452 tredecies), qui sont aussi considérés comme base juridique pour la responsabilité administrative des personnes morales. Dans le nouveau titre le principe de précaution n'est jamais mentionné, mais il n'est pas à exclure une utilisation à niveau d'interprétation, étant donné qu'il est expressément considéré un principe inspirateur de la discipline de l'environnement, dont la protection doit être garantie par tout organisme publique ou privé et par les personnes physiques et morales, publiques ou privées, comme le dit le code de l'environnement. La réforme a été tout de suite contestée par la doctrine : si l'incrimination de Pollution environnementale[1032] a été jugée utile, une évaluation exactement contraire a été exprimée à l'égard du nouveau délit de Désastre environnemental[1033], une disposition majeure et toutefois ratée, peut-être constitutionnellement illégitime, bien que envisagée pour donner à la

[1031] Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 Novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal

[1032] Art. 452bis – Pollution environnementale « 1. Est puni de la réclusion de deux à six ans et de la peine pécuniaire (multa) de 10.000 à 100.000 euros celui qui abusivement cause une compromission ou une dégradation considérables et mesurables : 1) des eaux ou de l'air, ou de vastes parties du sol ou du sous-sol ; 2) d'un écosystème, de la biodiversité, aussi agraire, de la flore et de la faune. 2. Lorsque la pollution est produite dans un espace naturel protégé ou soumis à des contraintes paysagères, environnementales, historiques, artistiques, architectoniques ou archéologiques , ou au détriment d'espèces animales ou végétales protégées, la peine est augmentée ». L'art. 452 ter dispose l'augmentation des peines en cas de mort ou blessures comme conséquence (non voulue par le coupable) du délit de pollution environnementale.

[1033] Art. 452quater – Désastre environnemental « 1. Hors des cas prévus par l'art. 434 (Effondrement de constructions ou autre désastres volontaires) , celui qui abusivement cause un désastre environnemental est puni de la réclusion de cinq à quinze ans. Constituent un désastre environnemental alternativement : 1) l'altération irréversible de l'équilibre d'un écosystème ; 2) l'altération de l'équilibre d'un écosystème dont l'élimination résulte particulièrement onéreuse et réalisable seulement avec l'adoption de mesures exceptionnelles ; 3) l'atteinte à la sécurité publique en raison de l'importance que peut avoir le fait pour l'extension de la compromission ou pour ses effets préjudiciables ou pour le nombre des personnes atteintes ou exposées à danger. 2. Lorsque le désastre est produit dans un espace naturel protégé ou soumis à des contraintes paysagères, environnementales, historiques, artistiques, architectoniques ou archéologiques, ou au détriment d'espèces animales ou végétales protégées, la peine est augmentée ». L'art. 452quinquies envisage comme punissables les fait prévus aux art. 452bis et 452quater commis par négligence.

jurisprudence un instrument meilleur par rapport à l'incrimination de Désastre innommé[1034] qui avait été utilisée sans succès dans plusieurs affaires, telles que Eternit.

59. Comme le préconisait la Commission, le recours au principe ou à la logique de la précaution peut aller bien au-delà du domaine de l'environnement. En effet, parfois de manière implicite parfois expressément , on peut remarquer que le principe est sous-entendu à la plus grande partie des dispositions qui concernent la sécurité, là où, toujours dans la mise en œuvre de textes de l'Union européenne, le législateur établit une discipline axée sur un paradigme d'infractions essentiellement administratives, quelque fois entremêlées avec des contraventions pénales[1035]. Voilà une petite liste : les champs électromagnétiques[1036], où la protection est déclenchée, avec l'infraction administrative, si les valeurs limites ou les seuils d'alerte sont dépassés[1037] ; la sécurité au travail[1038], dont les dispositions ne font pas référence expresse au principe de précaution, mais en partagent les aspects relatifs à l'évaluation, la gestion et la communication du risque[1039] ; le domaine des organismes ou des micro-organismes génétiquement modifiés (OGM et MOGM)[1040] , avec des infractions contraventionnelles

[1034] Comme on va voir, avec l'expression *Désastre innommé* on fait référence à l'art. 434 c.p. *Ecroulement de constructions ou autres désastres intentionnelles*, une infraction présente dès le début dans le code du 1930, chapitre I (*Délits de danger commun commis avec violence*) du Titre IV (*Délits de danger contre la sécurité publique*) : « 1. *Celui qui*, hors des cas prévus par les articles précédentes, *commet un fait direct à causer* l'écroulement d'une construction ou d'une partie de celle-ci ou *un autre désastre est puni, si du fait découle un danger pour la sécurité publique, de la réclusion d'un à cinq ans.* 2. *La peine est celle de la réclusion de trois à douze ans* si l'écroulement ou *le désastre a lieu* »

[1035] L'indication des domaines d'application du principe est celle de D. Castronuovo, *Le principe de précaution*, cité, 13 ss.

[1036] Loi 22 Février 2001, n. 36, « Loi-cadre sur la protection contre les expositions à champs électriques, magnétiques et électromagnétiques », qui établit des infractions de nature administrative (art. 15).

[1037] On articule les standards de tolérabilité autour de trois typologies : limites d'exposition, valeurs d'attention et objectifs de qualité. L'incertitude scientifique se réfère surtout aux valeurs d'attention.

[1038] D.lgs. n. 81/2008, Texte unique en matière de santé et sécurité au travail.

[1039] D. Pulitanò, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, "Cassazione penale", 2006, 778 ss.

[1040] V. d.lgs n. 206/2001 (Mise en force de la directive 99/81/CE qui modifie la directive 90/219/CE relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés) ; d.lgs. n. 224/2003 (Mise en force de la directive 2001/18/CE relative à l'émission délibérée dans l'environnement d'organismes génétiquement modifiés); d.lgs. n. 70 /2005 (Dispositions sanctionnatrices pour les violations des règlements (CE) nn. 1829/2003 et 1830/2003 rélatifs aux denrées alimentaires et aux aliments pour animaux génétiquement modifiés). La discipline emploie et les infractions administratives et les infractions pénales pour sanctionner la violation des procédures ; en plus sont

axées sur le manque de notification [1041] et surtout sur la violation des obligations administratives découlant de l'absence de la prescrite réévaluation des risques pour une éventuelle réadaptation des mesures aux découvertes scientifiques survenues, et ça *indépendamment de l'effective présence d'un risque*[1042]; la normative concernant la sécurité alimentaire, déjà partiellement assurée par le Titre VI du code pénal, *Délits contre la santé publique*[1043], qui a été renforcée avec l'introduction d'infractions administratives, en très grande consonance avec les dispositions européennes[1044] et qui, pour sa nature, pour sa structure et pour la protection axée sur le dépassement des seuils d'alerte, se

---

prévues des infractions pénales axées sur le résultat de danger concret pour la santé ou pour l'environnement ou bien sur le résultat d'atteinte à l'environnement . Il s'agit en effet d'infractions inapplicables , pour l'impossibilité d'argumenter la causalité, faute d'un explanans utilisable.

[1041] Art. 34.1 d.lgs. 224/2003, art. 34.1 Celui qui effectue une émission délibérée d'un OGM pour des buts autres que la mise sur le marché, sans l'avoir préalablement notifié à l'autorité nationale compétente est puni avec la prison de six mois à trois ans ou avec l'amende jusqu'à 51.700 euros ; art. 35.1 Celui qui met sur le marché un OGM sans l'avoir préalablement notifié à l'autorité nationale compétente ou à l'autorité compétente d'un autre Etat membre de la CE dans lequel la mise sur le marché a eu lieu la première fois, est puni avec la peine de prison de six mois à trois ans ou avec l'amende jusqu'à 51.700 euros ; art. 36.1 Sans préjudice des dispositions des articles 34 et 35 et sauf que le fait ne constitue une infraction plus grave, celui qui, effectuant une émission délibérée d'un OGM ou une mise sur le marché d'un OGM, provoque un danger pour la santé publique ou un danger de dégradation importante et persistante des ressources biotiques ou abiotiques est puni avec la prison jusqu'à trois ans ou avec l'amende jusqu'à 51.700 euros. V. E. Corn, Le fonti normative relative agli organismi geneticamente modificati nel diritto agroalimentare dell'Unione europea ed in Italia, www.ambientediritto.it/dottrina/dottrina.htm, 2007, §§ 5-6.

[1042] V. par exemple l'art . 20 d.lgs. 206/2001 ou l'art. 35.9 d.lgs. 224/2003 , où l'infraction est intégrée par la seule non observance des règles sur l'information ou la notification.

[1043] Articles 439, 440, 442, 444, 452 c.p.

[1044] Il s'agit du d.lgs n. 190/2006 , inspiré par le règlement (CE), n. 178/2002 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux el les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, qui est le texte qui applique le plus complètement possible la logique de la précaution. L'art. 7 est intitulé « *Principe de précaution* » : « *1. Dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque. 2. Les mesures adoptées en application du paragraphe 1 sont proportionnées et n'imposent pas plus de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question. Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable, en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une évaluation plus complète du risque* ».

présente très perméable à la logique précautionneuse ; enfin les dispositions concernant la sécurité des produits non alimentaires, contenues dans les articles 103-113 du code de la consommation[1045] et inspirées par la directive européenne en matière : le législateur a introduit dans ce champ-ci une obligation générale de sécurité pour le producteur et le distributeur qui sont tenus à ne mettre sur le marché que des produits sûrs, c'est-à-dire des produits *qui ne présentent pas de risques ou ne présentent que de risques minimales* ; en plus il a introduit des infractions pénales axées sur la violation des mesures que l'autorité administrative adopte en expresse application du principe de précaution[1046].

60. La liste est incomplète, mais donne un aperçu réaliste de la pénétration du principe dans la législation. En présence de connaissances scientifiques limitées et incertaines, les infractions sont formulées selon la logique de la précaution : on punit en raison du danger que la conduite soit dangereuse. On est bien au-delà des infractions de mise en danger : à propos de la structure des infractions prévues par le code de la consommation, en doctrine on a parlé d' « infractions de risque »[1047]. L'anticipation de l'intervention du droit pénal est portée à un niveau tel que le principe constitutionnel du caractère offensif de l'infraction pénale en sort abandonné. Problème très compliqué d'équilibrage (on a déjà vu la reconnaissance du principe de précaution par la Cour constitutionnelle et la possibilité qu'il soit pris en compte dans une perspective d'évaluation de la primauté à donner à l'un ou à l'autre principe) ou illégitime bouleversement de tous les principes fondant le droit pénal : légalité, non-rétroactivité, caractère offensif de l'infraction, responsabilité personnelle ?

Il y a encore un facteur qui complique la matière : les intérêts en jeu, qui peuvent ouvrir à des choix dramatiques. Un exemple de nos jours. Pour éviter des désastreuses situations de chômage dans un contexte social marqué, comme souvent au Sud de l'Italie, par la pauvreté et la dépression économique, le

[1045] D. lgs. N. 206/2005 « *Code de la consommation, en application de l'article 7 de la loi 29 Juillet 2003, n. 229* », qui met en œuvre une série de directives européennes pour la protection du consommateur. Le code a été modifié par le d.lgs. 6 Aout 2015, n. 130 et par le d. lgs. 15 Janvier 2016, n. 8.

[1046] Art. 107 nn. 4 et 5 du code de la consommation sur le principe de précaution observé par l'Autorité administrative ; art. 112 du code de la consommation sur les faits érigés en infractions pénales et les sanction prévues.

[1047] L. Foffani, Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordinamenti italiano e spagnolo, M. Donini – D. Castronuovo, "La riforma dei reati contro la salute pubblica: sicurezza del lavoro , sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti", Padova, 2007, 153.

gouvernement a adopté deux décrets loi, convertis en loi par le législateur, pour permettre la continuation des activités industrielles de l'ILVA, une très importante usine sidérurgique située à Tarant, en Apulie, extrêmement polluante, qui donne du travail à des milliers de familles tout en les exposant – comme d'ailleurs tous les habitants du territoire - à un très haut niveau de risque pour la santé[1048]. L'intervention avait été décidée suite à la mesure de saisie ordonnée par la magistrature autorisant la fermeture des installations. Les juges de Tarante ont soulevé la question de légitimité, mais la Cour constitutionnelle a estimé légitime l'équilibrage opéré entre l'intérêt à la santé publique et le déroulement d'une activité productive stratégique pour le contexte.

D'ailleurs le secteur n'est pas simple à gérer. Les risques pour la santé s'inscrivent souvent dans un panorama qui voit d'un côté le spectre du chômage immédiat et de l'autre les pouvoirs forts des multinationales, le tout aggravé par la présence de la criminalité organisée dans le contrôle du territoire : au point que pour désigner la situation on a créé un néologisme, éco-mafia. De l'autre côté, comme je l'ai déjà dit, l'impact médiatique et le besoin de punir avec des peines sévères poussent en premier lieu les juges à traduire en « justice » les tensions sociales, forçant les catégories classiques du droit pénal qui n'aident pas à condamner et raisonnant selon une logique d'effectivité où le droit vient *après* le fait, surtout sur le terrain de la faute. On va voir comment[1049].

61. Principe et logique de la précaution à l'épreuve de la jurisprudence italienne : l'élément matériel. - Le rôle joué par le principe de précaution dans le système italien par le biais du droit international, du droit européen (Traité et droit dérivé) et des règles juridiques nationales qui engagent à la mise en œuvre des dispositions et des principes découlant de ces sources explique ses effets à deux niveaux. Le premier concerne le législateur qui est obligé à la transposition en droit national des textes et des logiques, le deuxième concerne le juge qui, d'un côté, applique une loi déjà inspirée par le principe de précaution et, de l'autre, est tenu d'interpréter le droit interne conformément à la Constitution, à la législation européenne et à sa philosophie, ainsi que aux obligations

[1048] V. pour des considérations analogues G. Amarelli, *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento tanto atteso*, www.penalecontemporaneo, 2015, 2.
[1049] V. la contribution de C. Piergallini, *Colpa e attività produttive : un laboratorio di diritto "cedevole"*, "Criminalia", 2014, 387 ss.

conventionnelles et internationales. Il est donc normal que la jurisprudence commence à utiliser le principe pour résoudre un procès. Par exemple elle a interprété à sa lumière l'***objet matériel*** de l'infraction : c'est le cas des déchets, là où, surtout sur la base de la décision Niselli de la Cour de Justice[1050], la Cour de Cassation italienne a fourni une interprétation extensive de la notion de « déchet » pour inclure dans le champ d'application de sa discipline des matériaux particuliers[1051], tels que certaines résidus de production. Elle a expliqué qu'un tel élargissement, opéré sur la base du principe de prévention et de précaution, était fonctionnel à respecter et à mettre en œuvre le droit européen et les indication de la Cour de Justice. Les frontières entre interprétation extensive – qui en Italie est admise en matière pénale - et analogie *in malam partem* – qui est évidemment interdite - sont très floues. En plus l'interprétation « par principes », qui commence à apparaitre parmi les instruments à disposition du juge, ouvre de nouvelles perspectives, qui ne sont pas toujours rassurantes. En tout cas, sous l'angle qui nous intéresse, l'opération témoigne de la force expansive du principe de précaution au niveau de l'évaluation de l'élément matériel de l'infraction.

62. Et toutefois la partie la plus intéressante de la question est celle dont je vais m'occuper maintenant : la voie empruntée par la jurisprudence pour établir la responsabilité pénale là où il ne s'agit plus d'infractions mineures, mais plutôt de maladies oncologiques et de morts liées de quelque façon à l'usage de la technologie. Pour ça, au moins jusqu'à la réforme de 2015, qui, en tout cas, ne semble pas résolutive, il a fallu avoir recours aux infractions offertes à l'époque par le code pénal et choisir la voie pour argumenter la responsabilité des particuliers : poursuivre du chef d'homicide ou de blessures involontaires - avec toutes les difficultés au niveau de preuve du rapport de causalité et d'individuation de l'élément moral ; ou procéder pour infractions volontaires de mise en danger, telles que, selon les cas, le délit de « désastre innommé »[1052]; ou bien la contravention de « jet dangereux de choses » [1053]; ou encore le délit d' « omission volontaire de mesures de précaution contre les accidents au travail »[1054].

[1050] CJCE, II, 11 Novembre 2004, C-457/02, Niselli.
[1051] Cass, III, 14 Avril 2005, n. 20499 ; Cass, III, 10 Novembre 2005, 18 Janvier 2006, n. 2025 ; Cass. III, 18 Février 2010, n. 13493 ; Cass. III, 9 Mai 2008, n. 28229 : pour cette perspective d'analyse pour les décisions mentionnées v. D. Castronuovo, *Principe de précaution*, cité, 27 ss.
[1052] Le délit est prévu à l'art. 434 c.p. Effondrement de constructions ou autres désastres volontaires : Celui qui commet un fait direct à causer …. un autre désastre est puni avec la réclusion d'un à cinq ans, si du fait dérive un danger pour la sécurité publique (§1), ou de trois à douze années, si le désastre s'avère (§2).

Le problème de la causalité a représenté un des arguments les plus débattus et épineux au sein de la doctrine et de la jurisprudence italienne des dernières années. Face à l'exigence d'assurer le principe de légalité aussi au niveau de la causalité, et de rendre lisible, dans cette perspective, le raisonnement du juge lorsqu'il déclare l'existence d'un rapport de cause à effet, la doctrine a élaboré et la jurisprudence applique un paradigme épistemologique en deux étapes. La première : le juge cherche et identifie une loi scientifique générale et abstraite d'explication causale qui montre l'existence d'une succession régulière[1055], confirmée par la science, entre un ou plus antécédentes et une ou plus conséquences. La deuxième : le juge vérifie l'applicabilité de la loi scientifique au cas concret par le biais d'une évaluation hypothétique et contrefactuelle de la nature de *condicio sine qua non* de l'antécédent[1056]. Un nombre limité de lois scientifiques a un caractère universel, c'est-à-dire en mesure d'établir avec certitude le rapport entre antécédent et conséquence ; la majeure partie a, au contraire, une nature probabiliste ou statistique. Dans ces cas-là, le juge « trouve » une loi scientifique qui lui dit que l'antécédent ne détermine pas la conséquence dans tous les cas, mais qu'il est probable qu'il ait un rapport entre les deux. Le point névralgique est alors celui de l'emploi de ces lois statistiques et, en particulier, la détermination du pourcentage à considérer suffisant pour reconnaitre correcte l'application de la loi scientifique au cas concret. La question n'est pas du tout aisée, surtout par rapport aux progrès scientifiques qui créent des liaisons probabilistes entre événements dont on ne connait pas encore toutes

[1053] La contravention est prévue à l'art. 674, Jet dangereux de choses (Celui qui jette ou verse, dans un lieu de transit publique ou dans un lieu privé, mais d'usage commun ou d'autrui, des choses aptes à offenser ou à salir ou à molester des personnes, ou, dans les cas non autorisés par la loi, provoque émissions de gaz, de vapeurs ou de fumée, aptes à provoquer des effets pareils, est puni par une peine d'emprisonnement jusqu'à un mois ou avec une amende jusqu'à 206 euros).

[1054] Le délit est prévu par l'article 437 c.p. Retrait ou omission volontaire de mesures de précaution contre les accidents au travail : *celui qui omet de placer installations, appareils ou signaux destinés à prévenir désastres ou accidents au travail, ou les retire ou les endommage est puni de la prison de 6 mois à 5 ans (1). S'il en découle un désastre ou un accident , la peine est la prison de 3 à 10 ans* (2).

[1055] Les régularités utilisées dans l'évaluation de l'imputation du résultat doivent être établies par la science, pas par le juge, comme le rappelle F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

[1056] Le paradigme, introduit dans la doctrine italienne par F. Stella, *Leggi scientifiche*, est régulièrement appliqué par la jurisprudence italienne au moins à partir du désastre de Stava, Cass. 6 Décembre 1990.

les conditions. Bientôt, les cas concrets placent[1057] la jurisprudence face au problème de prendre une décision sur de faits caractérisés par la présence d'événement dont la science explique les mécanismes graduellement, en passant de l'incertitude à des hypothèses mieux fondées et fournies d'un pourcentage acceptable.

Je fais référence ici à la question d'établir le lien causal entre l'exposition à un facteur toxique et la mort ou la maladie d'une ou plus personnes. La jurisprudence trouve une aide dans les données de l'épidémiologie[1058] : les études épidémiologiques, en analysant les relations causales à niveau de population, sont en effet en mesure d'affirmer si l'exposition à un facteur X augmente l'incidence de certaines maladies dans la population exposée, en calculant, d'un côté, un indicateur de pourcentages des maladies qui se vérifient dans la population et, de l'autre, un indicateur relatif à l'augmentation du risque de contracter la maladie pour un sujet exposé. Au début des années 1990, appelés à décider de cas limités de pathologies oncologiques et de décès observés chez des sujets exposés à l'amiante, les juges commencent à faire usage des données épidémiologiques, poursuivant les responsables des usines de production du chef de blessures et/ou d' homicide. Sous l'angle de la causalité, l'affirmation de l'existence d'une causalité d'omission se base sur le fait que les responsables, omettant d'adopter les mesures nécessaires pour éviter aux travailleurs de respirer les poussières de l'amiante, avaient augmenté le risque pour la personne exposée de développer la maladie. L'explication causale est en effet fondée sur une utilisation discutable et déformée du rôle joué par l'augmentation du risque dans la théorie allemande de l'*objektive Zurechnung*, où ce facteur a la fonction contraire de limiter une causalité déjà établie. De l'approche de cette jurisprudence découle que des infractions axées sur l'atteinte à un bien juridique sont transformées dans des infractions de mise en danger, et qu'on attribue le résultat (la lésion ou la mort) à l'auteur sur la base d'un paramètre qui n'est plus celui de la causalité. Les juges affirment que le rapport causal existe parce que l'auteur a augmenté le risque de sa vérification, mais cette affirmation cache la vérité : en effet l'augmentation du risque substitue la démonstration de la causalité, avec la compromission grave des garanties de légalité contenues dans ce passage fondant l'élément

[1057] C'est le titre d'un livre de F. Centonze, La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale, Milano, 2004.
[1058] En général v. L. Masera, Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali, Milano, 2007.

matériel de l'infraction[1059]. Malgré les sévères critiques de la doctrine, la jurisprudence élargit le champ d'application de ce gendre d'argumentation, surtout dans le secteur de la faute médicale : par exemple - et encore une fois en référence à la causalité dans l'omission - en cas de mort du patient, les juges condamnent le médecin pour avoir omis une thérapie ou une opération qui aurait pu sauver la vie du malade avec un pourcentage très bas (par exemple 30%) en raison du fait qu'avec son omission il a augmenté le risque pour le patient de mourir: il en découle, évidemment, que l'accusé est tenu responsable de la mort de son patient , même si dans 70% des cas la mort peut ne pas être survenue à cause du fait qu'il n'a pas appliqué le traitement. L'approche est sûrement débitrice à la logique de la précaution dans la gestion du risque, même s'il manque une prise de conscience de son application.

Sur cette toile de fond, s'ouvre le procès au Pétrochimique de Porto Marghera, une des premières « causes célèbres » en matière d'exposition à une substance toxique. Le Pétrochimique de Porto Marghera était une usine très importante pour la production de plastique, placée vis-à-vis de Venise, source de travail et de revenus pour plusieurs centaines de familles. Mais à un certain moment l'incidence des morts de cancer parmi les travailleurs commence à devenir inquiétante. Le nombre important des victimes et la notoriété des accusés - les dirigeants de Montedison et d'EniChem, les géants de la chimie italienne - donnent pour la première fois à l'opinion publique la conscience de la gravité du problème. En 1998 le Parquet de Venise poursuit les responsables des usines du chef d'homicide involontaire pour la centaine de travailleurs qui avait contracté des pathologies oncologiques suite à l'exposition, avant 1973, au chlorure de vinyle monomère (CVM) , un facteur toxique présent sur le lieu de travail. Ils étaient morts pour angiosarcome et cancer du foie. Du point de vue temporel, il faut remarquer que les connexions épidémiologique entre le CVM et ces types de cancer se sont consolidées bien après 1973 ; avant cette date on ne disposait que d'une première étude, connue par Montedison, qui en avait commissionné un approfondissement. La première recherche conduite sur les effets cancérogènes du CVM suspectait l'existence d'un risque pour la santé bien plus grave que celui estimé à l'époque.

[1059] L. Masera, Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale, www.penalecontemporaneo 2014, p. 5; aussi en Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale – 3-4, 2014, p. 343.

63. Pendant le déroulement du procès, un important pénaliste, expert de causalité et défenseur des dirigeants Montedison, publie un livre très important [1060] dans lequel il argumente que l'épidémiologie peut montrer l'augmentation du risque par rapport à une certaine pathologie, à niveau de la causalité générale, mais ne peut pas prouver au-delà du doute raisonnable la causalité individuelle, c'est-à-dire que l'exposition soit la *condicio sine qua non* de la maladie ou de la mort d'une personne déterminée. L'impact de cette position doctrinale sur la jurisprudence est très forte. Le Tribunal de Venise[1061] rend une décision d'acquittement en raison du manque, au moment de la conduite initiale, de lois scientifiques qui établissent que du type de conduite réalisée peuvent se produire des effets déterminés. On va revenir sur la décision dissonante de la Cour d'appel en matière de faute et sur l'arrêt de la Cour de Cassation sous cet angle[1062]. Pour ce qui nous intéresse maintenant par rapport à la causalité, il faut souligner que, dans la même période, et pour d'autres affaires, la Cour de cassation déclare que le juge ne peut utiliser des lois scientifiques statistiques que lorsque la probabilité de vérification du résultat approche 100%[1063] .

Le revirement est très important par rapport à l'orientation opposée de la jurisprudence qui s'inspirait du critère de l'augmentation du risque. En plus, avec la nécessité d'appliquer une loi statistique qui approche 100% de probabilité de vérification, la responsabilité pour maladies professionnelles est exclue presque dans tous les cas. La parole revient donc aux Sections Unies de la Cassation. Dans leur très remarquable arrêt Franzese, concernant la faute médicale, les Sections Unies parviennent en 2002 à la conclusion qu'il faut retenir la règle de la soi-disant *probabilité rationnelle*, en raison de laquelle on accepte comme

[1060] Il s'agit de la première édition du livre précité de F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime,* Milano, 2001.

[1061] Tribunale di Venezia, 2 Novembre 2001. La Cour d'appel Venezia, 15 Décembre 2004, par rapport à quelques pathologies qui pouvaient être corrélées à l'exposition à CVM dans la période où la cancérogénicité de tel facteur n'était pas établie, mais sérieusement suspectée et après confirmé par la science, parvient à la condamnation en raison de l'existence de la faute. Les décisions sont publiées sur www.petrolchimico.it. Pour un commentaire et pour une critique serrée à la logique précautionneuse suivie par la Cour d'appel v. C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio : prove di resistenza al tipo*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005, 1684 ss.

[1062] Cass. 17 Mai 2007, n 885, www.petrolchimico.it, v. *infra* § 4.

[1063] Cass. 28 Novembre 2000, Baltrocchi ; Cass. 29 Novembre 2000, Musto ; Cass. 29 Novembre 2000, Di Cintio: ce sont ces qu'on appelle les « arrêts Battisti » du nom du juge rapporteur. Dans la même période d'autres décisions de la même teneur ont suivi. V. C.F. GROSSO, *I principi di legalità e di personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva,* C. De Maglie – S. Seminara, "Scienza e causalità", Padova 2006, 113, 126 ss.

explanans aussi une loi statistique à basse de pourcentage si le juge peut affirmer et motiver, au-delà de tout doute raisonnable, que, dans le cas concret, il n'y a pas d'autres décours causaux alternatifs possibles, c'est-à-dire pas d'explications possibles si non que le résultat en question a été provoqué par la conduite de l'accusé, et ça en appliquant la loi statistique qu'il a individué, même si en abstrait son pourcentage est limité. Par exemple, en appliquant la règle de la « crédibilité rationnelle » de l'affaire Franzese à l'exposition à l'amiante, le mésothéliome pleural pourrait être considéré causé par ce facteur chez une victime non-fumeur, tandis que un tabagisme important aurait pu également expliquer la survenue d'un cancer au poumon[1064]. Avec la décision Franzese on pensait avoir mis un terme au recours au critère de l'augmentation du risque. Toutefois seulement une partie des décisions successives de la Cassation, par exemple en matière d'exposition à l'amiante, suivent correctement l'arrêt des Sections Unies[1065]. C'est le cas, en 2010, de l'arrêt Cozzini[1066] qui, dans le sillage de Franzese, annule, avec renvoi[1067] l'arrêt de la Cour d'appel de Trento, qui avait condamné du chef d'homicide involontaire 12 ex-responsables des Chemins de Fer Trento Malé s.p.a., acquittés en première instance. La responsabilité concernait la mort par mésothéliome pleural d'un ouvrier attaché à la réparation des wagons de chemin de fer, qui l'exposait à des fibres d'amiante . La Cour d'appel avait tout condamné sur la base que chacun avait contribué à l'exposition à l'amiante, au moment où il avait la responsabilité de la direction, en accélérant avec sa conduite omissive la pathologie qui avait conduit à la mort de la victime. La Cour de Cassation examine l'affaire sous l'angle et de la causalité générale (l'exposition à l'amiante provoque le cancer) et de la causalité individuelle (l'exposition à l'amiante a provoqué ce cancer chez ce sujet déterminé dans un contexte déterminé) et conclu par l'annulation avec renvoi en raison du manque de la preuve du rapport causale selon le paradigme proposé par l'affaire Franzese. Ce qui intéresse la perspective qui nous occupe

[1064] Pour mieux expliquer la logique adopté par l'arrêt Franzese, je cite un exemple célèbre, celui de la religieuse cloitrée bosniaque violée par un soldat infecté par le VIH. Sur la base de la loi scientifique, la probabilité que l'infection par le VIH se transmette à la suite d'un seul rapport sexuel est extrêmement faible , et pourtant, dans le cas concret, le lien de causalité peut être établi, du moment que l' on avait prouvé que la religieuse était en parfaite santé et qu'elle n'avait jamais été soumise à une hémotransfusion ou exposée à d'autres voies de transmission de l'infection.

[1065] V. S. Zirulia, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, www.penalecontemporaneo , 2012.

[1066] Cass. IV, 17 Septembre 2010. V. F. Giunta, Questioni scientifiche e prova scientifica. Tra categorie sostanziali e regole di giudizio, "Criminalia", 2014, 561, 574 ss.

[1067] L'affaire s'est conclue avec un acquittement en raison de la prescription : Corte App. Trento, 12 Avril 2012.

concerne le problème du donnée scientifique à choisir et à suivre par le juge : on a dit qu'il s'agit un peu des critères de choix entre *good* et *junk* science[1068]. Au niveau de la causalité générale, la Cassation fait des distinctions, selon que le juge a à disposition une théorie reconnue et acceptée ; ou une théorie qui n'est pas la seule à avoir été avancée, existant d'autres théories qui toutefois ne sont que des suppositions ; ou encore une pluralité de théories divergentes mais toutes vraisemblables. Selon l'arrêt Cozzini, lorsqu'il s'agit d'établir le possible lien entre l'exposition à l'amiante et la survenance du mésothéliome, il n'y a pas de problème, parce que le juge a à disposition une loi scientifique ; pour résoudre d'autres questions il lui faut , au contraire, procéder sur la base de données scientifiques incertaines. Par exemple, pour ce qui concerne la relevance du temps d'exposition à l'amiante, la réponse de la science n'est pas univoque : une orientation scientifique considère le mésothéliome une maladie dose dépendante tandis qu'une autre l'envisage comme maladie dose indépendante. Il s'agit d'un point fondamental pour le droit pénal parce que si on estime que le développement du mésothéliome dépend de la durée de l'exposition à l'amiante, il faut conclure par la responsabilité pénale de toutes les personnes qui se sont succédé à la direction ; si au contraire on considère que la maladie se déclenche à la première exposition et que les expositions ultérieures n'ont plus d'effets sur son décours, il faut limiter la responsabilité à la seule personne qui dirigeait la production au moment de la première exposition. Dans l'incertitude de la science le juge est appelé, selon l'arrêt Cozzini, à procéder à un examen très attentif de toutes les théories pour choisir celle qui a un consensus prépondérant et partagé. Après cette opération il est tenu de suivre le schéma Franzese et d'établir la causalité individuelle, excluant l'existence d'autres facteurs qui pourraient avoir causé le résultat.

Comme on le voit, les opérations à faire selon Cozzini ont un caractère extrêmement rigoureux. D'ailleurs la Cassation souligne avec force la nécessité de donner la preuve de la causalité au niveau individuel. Il est évident qu'une approche de ce type ne laisse pas de place à la logique de la précaution. Une réflexion toutefois s'impose : si le juge, qui est un usager des lois scientifiques qu'il « trouve », doit choisir entre deux théories scientifiques, est-ce qu'il ne devient pas plutôt un décideur ou bien un créateur d'une loi scientifique ?...

[1068] S. Zirulia, Scheda di presentazione di Cass. IV, 17 Séptembre 2010.

L'approche Cozzini n'est pas définitivement partagée par toute la jurisprudence. Beaucoup de décisions successives accueillent son enseignement, mais on registre aussi des avis et des décisions divergentes. S'il s'agit de maladies multifactorielles, les juges, surtout de première instance, font recours au paradigme des causes concomitantes qui n'exclut pas le lien de causalité pour affirmer en tout cas l'existence de la causalité.

Ce qui est déroutant est que la même section de la Cassation qui a prononcé l'arrêt Cozzini utilise, dans une autre affaire, un raisonnement beaucoup moins scrupuleux. L'arrêt Fincantieri[1069] de 2012 confirme la condamnation du chef d'homicide volontaire de 7 managers par rapport à la mort de 11 ouvriers exposés aux poussières d'amiante et de 3 de leur épouses qui en lavaient les combinations. L'arrêt Fincantieri n'examine surtout pas le bien-fondé de la causalité individuelle par rapport aux possibles décours alternatifs pour chacune des victimes et arrive à confirmer l'arrêt de la Cour d'appel sur la base de la causalité générale ayant reconnu une sorte d'augmentation du risque de tomber malade suite à l'exposition à l'amiante. On revient, évidemment, à une autre typologie logique, qu'on avait cherché, avec Franzese, de délégitimer.

Face à la difficulté de donner une preuve qui répond aux conditions sévères tracées par les arrêts Franzese et Cozzini, surtout lorsque le nombre de victimes est élevé, la jurisprudence italienne a choisi d'autres voies pour arriver à poursuivre les dirigeants d'usines polluantes, responsables de l'exposition à un facteur dangereux pour la santé.

Comme je le rappelais, elle l'a fait en changeant les chefs d'accusation. C'est l'affaire Eternit. L'Eternit est un matériel de fibrociment, qui contient de l'amiante. Malgré des recherches en démontrent la dangerosité à partir des années 1960, Eternit continue la production jusqu'en 1986. Sur le territoire italien plusieurs établissements, coiffés par une multinationale, produisent Eternit. Des centaines et des centaines de personnes – travailleurs ou habitants à proximité - ont été frappées du mésothéliome pleural ou en sont mortes. A ce jour, il y a encore des personnes qui meurent ou tombent malades de ce cancer. Le nombre de victimes est impressionnant: plusieurs centaines. Le Parquet de Turin décide de ne pas poursuivre pour

[1069] Cass. 24 Mai 2012 n. 33311.

homicide ou lésions. Il recourt plutôt aux infractions du code pénal qui criminalisent la mise en danger de la sécurité publique : l'omission volontaire de mesures de prévention contre les accidents de travail (art. 437 c.p.) et le soi-disant désastre « innommé » (art. 434 c.p), les deux dans la forme aggravée par la vérification du désastre. Je ne peux pas suivre le déroulement des procès et les différentes approches du Tribunal[1070] et de la Cour d'appel[1071], qui toutefois parviennent, toutes les deux, à la condamnation des responsables de la production : l'idée commune est celle de prouver la causalité par rapport à la mise en danger de la population, ce qui n'est pas difficile sur la base des données épidémiologiques, étant reconnue la relation entre exposition à l'amiante et excès de pathologies dans la population : les difficultés de la preuve de la causalité individuelle sont contournées parce qu'il suffit de prouver celle que la Cour appelle la « causalité collective ». En plus, les juges du fond cherchent à échapper à la prescription, toujours à l'affût dans les infractions de danger, ou affirmant la figure - nouvelle et inconnue - des effets perdurant de la mise en danger, comme imagine le Tribunal, ou identifiant la preuve de la persistance du danger dans la persistance des dommages : c'est la position de la Cour d'appel, selon laquelle, comme le désastre est considéré réalisé par la survenue des maladies et des morts, le temps de la prescription se calcule du moment où l'excès des cas de personnes décédées ou tombées malades par rapport au nombre attendu aura disparu[1072]- ce qui, entre autres, transforme le délit de mise en danger en délit d'atteinte à un bien juridique. Et partant, c'est juste la prescription qui fait sauter le procès en Cassation. En 2014 la Cour déclare le non-lieu pour prescription et annule sans renvoi[1073]. Selon la Cassation, le procès est un mort-né parce que la prescription était intervenue avant même la décision du Tribunal de première instance. L'argumentation est très articulée. Grossièrement : la Cassation estime que l'infraction de désastre, en tant qu'infraction de danger, s'avère au moment où la sécurité publique – valeur protégée par l'incrimination - est mise en danger : comme l'infraction est instantanée, il faut calculer la prescription en partant de 1986,

[1070] Tribunale di Torino, I pén., 13 Février 2012, Stephan Schmidheiny et Louis De Cartier De Marchienne, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1349714912sentenza_eternit.pdf. Sur la décision v. S. Zirulia , *Caso Eternit : luci ed ombre sulla sentenza di condanna in primo grado*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1/2013, 471 ss.

[1071] Corte d'appello di Torino, 3 giugno 2013. La décision est publiée sur www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/-/2337-processo_eternit_il_dispositivo_della_sentenza_d_appello/).

[1072] Tandis que le Tribunal de Turin avait créé la figure – totalement inconnue - d'un délit au «résultat perdurant », étant donné que la pollution environnementale dangereuse pour la sécurité publique perdurait. V. L. Masera, *Evidenza epidemiologica*, cité. V. aussi C. Piergallini, *Colpa e attività produttive*, cité, 393.

[1073] Cass., 18 Novembre 2014.

date de fermeture du dernier établissement Eternit, et non pas à partir du moment où les maladies et les morts liées à l'amiante surviennent, parce qu'elles ne représentent que les effets concrets du désastre par rapport à la sécurité publique.

Le cadre de la jurisprudence nous offre beaucoup d'incertitudes. Si l'affaire Franzese pose des conditions rigoureuses pour établir l'existence du rapport causal tout en offrant une médiation acceptable entre le principe de légalité dans ses termes de garantie et la prise en compte d'une série de facteurs en partie encore incertaines du point de vue scientifique, il est également vrai que les juges qui en appliquent correctement les mécanismes arrivent presque toujours à des acquittements[1074]. C'est tout le droit pénal axé sur la causation du résultat qui est en crise et qui s'inscrit dans la crise plus générale du droit pénal « classique ». Le recours au principe de précaution n'est évidemment pas une partie explicite et essentielle des raisonnements de la jurisprudence italienne, mais les juges pourraient y faire recours pour canaliser leur malaise à dire le droit dans des situations semblables à celles que je viens de décrire. Pour l'instant, les juges ne semblent pas avoir pris conscience qu'en théorie on pourrait franchir ce pas par le biais d'argumentations basées sur le rôle qui pourrait/devrait être reconnu au principe de précaution à niveau de système. A ce moment, plus qu'appliquer le principe, ils essayent de forcer depuis l'intérieur les catégories du droit pénal. On va en retrouver encore quelques exemple au niveau de l'interprétation de l'élément moral de l'infraction.

64. Principe et logique de la précaution à l'épreuve de la jurisprudence italienne : l'élément moral. – Le principe de précaution peut bien entrer en jeu aussi sur le terrain de l'élément moral de l'infraction, par rapport à la faute pénale.

La structure « classique », « orthodoxe » de la faute – que je ne peux que rappeler très sommairement dans ce contexte – est caractérisée par le fait que la conduite qui a provoqué le résultat doit contrevenir à une règle prudentielle établie pour éviter un résultat du genre de celui qui s'est effectivement vérifié : le résultat doit à la fois correspondre à celui indiqué par l'incrimination et coïncider avec la sphère de risque que la règle prudentielle encadrait[1075]. Pour ce qui concerne les connaissances requises par l'auteur, elles

[1074] D. Pulitanò , *Gestione del rischio*, cité, 794 s.
[1075] C. Piergallini, *Colpa e attività produttive*, cité, 391.

sont celles qu'un auteur « modèle » est en mesure d'acquérir ou même les connaissances supérieures dont l'auteur concret éventuellement dispose. Ce statut théorique joue un rôle de garantie et de *favor libertatis*: la détermination de la règle prudentielle n'est pas remise au juge ; elle doit être définie en avance et la personne doit pouvoir la reconnaitre *ex ante* en tant que règle abstraite de conduite[1076].

Cette structure a été fragilisée, ou même bouleversée[1077], par quelques arrêts, de fond et de légitimité, qui ont raisonné selon un paradigme de faute beaucoup moins strict, un paradigme flou, et notamment dans le domaine de l'exposition à un facteur de risque, là où l'ampleur du phénomène, le nombre de victimes, la nature des pathologies semblaient exiger des condamnations, au lieu des acquittements auxquels la modélisation « classique » de la faute aurait obligé les juges[1078]. En plus la dogmatique de la responsabilité fautive est la plus exposée, ayant toujours montré des points de faiblesse structurelle et de « porosité » pour ce qui concerne l'individuation certaine de la règle abstraite à suivre.

Je vais revenir sur l'affaire du Pétrochimique de Porto Marghera et aux arrêts de la Cour d'appel et de la Cassation qui ont décidé à l'inverse du Tribunal de Venise, qui avait raisonné selon une logique « orthodoxe ». Selon le paradigme « assoupli » de la Cour d'appel, pour reconnaitre la responsabilité pénale à titre de faute il suffit d'établir la violation de la règle de prudence ; d'évaluer l'existence du lien causal sur la base des connaissances scientifiques survenues dans une époque successive aux faits ; de prendre en compte la simple possibilité de se représenter le résultat d'une atteinte à la santé ou à la vie (et non d'une mort déterminée ou d'une lésion déterminée par rapport à un individu déterminé) ; de conclure par l'existence de la simple possibilité de reconnaitre l'aptitude potentielle du CVM à provoquer un dommage, en l'absence de l'adoption de mesures de prudence. Bref, pour être tenu responsable à titre de faute, il suffit de s'être aperçu que le CVM peut être dangereux : sur ce point, la conduite requise était celle d'agir en minimisant intégralement les risques pour la santé qui auraient pu être provoqués par

[1076] F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, "*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1999, 90.
[1077] V. les nombreuses contributions de C. Piergallini : *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, M. Donini - M. Pavarini, "Sicurezza e diritto penale"*,* Bologna, 2011, 345 ss; *Colpa e attività produttive*, cité, 387 ss.
[1078] C. Piergallini, *Colpa e attività produttive*, cité, 392.

l'exposition[1079], faute de quoi l'auteur sera responsable pour tous les événements liés à la conduite tenue, même s'ils étaient imprévus ou imprévisibles au moment où elle s'est déroulée.

Dans l'affaire de Porto Marghera, la Cassation[1080] partage la logique de la Cour d'appel et force les catégories classiques : comme on l'a vu, il s'agit de situations où l'évolution de la science, la science *in progress*, permet d'établir des liens qui n'étaient pas connus au moment de la conduite[1081]. Pour la Cassation, la règle de prudence s'interprète *selon des critères qui prennent en compte l'évolution des connaissances et qui reconduisent en tout cas le résultat aux conséquences de la violation de la règle de conduite, même si ces conséquences ne sont pas fréquentes et ne sont pas prévues à l'avance, pour autant qu'elles ne soient pas déliées du but poursuivi dans la rédaction de la règle de prudence.* D'ailleurs *le seuil au-delà duquel l'auteur peut prévoir les effets préjudiciables de sa conduite n'est pas celui-là de la certitude scientifique, mais celui de la probabilité ou même celui de la seule possibilité que ces effets vont se produire (pour autant que telle possibilité se base sur des éléments concrets et pas seulement conjecturaux).* Enfin, et avec un brin de rhétorique : *si, au fil du temps, on découvre qu'une substance provoque des maladies différentes n'est-il pas possible, n'est-il pas probable qu'il en aient d'autres qui ne sont pas encore connues ? et ça ne constitue pas la prémisse de la prévisibilité et de la reprochabilité de celui qui ignore un tel danger ? Quel auteur modèle pourrait-il exposer autrui à une substance qui a été déjà reconnue par la loi comme préjudiciable, même si les conséquences de l'exposition ne sont pas toutes connues ?* L'idée est donc qu'on doit inférer de la connaissance de certains effets préjudiciables la possibilité et la prévisibilité d'effets préjudiciables ultérieurs, jusqu'à englober des effets plus graves par rapport à ceux-là qu'on pouvait relier à l'exposition au CVM sur la base des connaissances scientifiques de l'époque. En plus, aussi le doute scientifique sur la possibilité d'effets nocifs est en mesure de déclencher le devoir de prudence. La Cassation connait le principe de précaution, mais elle ne pense pas

[1079] J'ai repris ici la synthèse de C. Piergallini, *Il paradigma della colpa*, cité, 1689 ss. et j'ai reproduit son lexique. Sur l'affaire de Porto Marghera et pour une mise en valeur du principe dans le domaine du droit pénal et de la responsabilité par faute v. aussi C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica* , E. Dolcini- C.E. Paliero, "Studi in onore di Giorgio Marinucci", II, Milano, 2006, 1743 ss,

[1080] Cass, 17 Mai 2007, n. 885, www.petrolchimico.it.

[1081] V. D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, "Diritto penale e processo", 2008, 647 ss.; C. Piergallini, *Colpa e attività produttive*, cité, 390 ss.

être en train de l'appliquer dans le cas en examen. A son avis, la situation analysée est caractérisée par la notoriété des effets nuisibles majeurs, dans un cadre de connaissances scientifiques incomplètes, tandis que la situation typique où le principe de précaution pourrait trouver application serait caractérisée par l'existence d'un simple suspect. En effet, malgré la mise au point de la Cour, la logique de la précaution semble déjà tout à fait fondant l'argumentation de l'arrêt.

Toujours seulement en parole, la Cassation affirme encore, dans un autre arrêt, qu'elle n'utilise pas le principe de précaution, sauf à forcer ultérieurement le paradigme « orthodoxe » de la faute. Je fais référence à l'affaire du désastre de Sarno, décidée en 2010[1082] : la Cassation annule avec renvoi l'arrêt de la Cour d'appel qui avait acquitté les prévenus, confirmant la décision du Tribunal. Sarno est une petite ville de la Campanie qui, en 1998, en une seule nuit, a connu des pluies exceptionnelles. Suite au déluge, une coulée de boue provenant de la montagne, a englouti la ville et ses alentours, provoquant la mort de 160 personnes. Il s'agissait d'un désastre annoncé sur un territoire dévasté par le laisser-aller environnemental et qui avait déjà subi quatre autres événements du même genre mais de moindre importance. Deux sont accusés du chef d'homicide involontaire multiple : le maire et un conseilleur municipal. Le grief, pour le maire, est d'avoir omis de donner l'alerte précoce à la population ; de ne pas avoir ordonné l'évacuation de la population des zones à risque ; de ne pas avoir convoqué immédiatement le comité local de la protection civile, de ne pas avoir alerté la préfecture et, avec le conseiller municipal, d'avoir rassuré imprudemment la population en danger.

Les juges du fond avaient acquitté les prévenus, en raison, pour le maire, du manque d'un élément fondant la responsabilité omissive, la position de garantie, et, pour les deux, de l'absence de la prévisibilité des effets de la conduite.
Les décisions du Tribunal et de la Cour d'appel sont renversées par la Cassation, qui a reconnu la position de garantie du maire et a affirmé la prévisibilité des effets de la conduite. A son avis, et pour ce qui nous concerne, *l'évaluation de la prévisibilité doit être effectué par rapport à ce qui est survenu dans le passé,* mais il ne faut surtout pas oublier *l'existence d'une possibilité d'évolution du phénomène, sous la supposition de l'hypothèse la plus destructrice qui aurait pu avoir lieu ou que le phénomène pouvait*

[1082] L'exemple est repris de D. Castronuovo, *Principio di precauzione*, cité, 36.

entrainer. Pour répondre aux deux arrêts sur le fond, qui affirmaient la non responsabilité de l'accusé en raison du fait qu'il ne pouvait pas disposer de connaissances relatives à la vérification des coulées de boue que les scientifiques spécialisés en matière ne possédaient pas eux-mêmes, la Cassation a établi que, *lorsque on ne connait pas les caractéristiques fondamentales d'un phénomène, naturel ou provoqué par l'homme – en particulier les causes, les possibilités d'évolution, les effets possibles – il faut utiliser une prudence encore plus grande pour le gérer, en vue d'en éliminer ou d'en réduire les conséquences, et ça précisément parce que on ne peut pas exclure, sur la base d'une évaluation* ex ante *basée sur des connaissances scientifiques fiables, les effets les plus nocifs*. La fragilisation du paradigme classique de la faute est ici encore plus poussée par rapport aux arrêts du Pétrochimique : dans l'arrêt sur le désastre de Sarno, la Cour se dégage aussi de la perspective d'une prévisibilité des effets plus graves par rapport à une nocivité scientifiquement vérifiée par rapport à des effets moins graves ; la prévisibilité est affirmée par rapport à tous les effets nocifs, même les plus destructifs, aussi dans le cas où les scientifiques ne disposent pas du savoir nécessaire. A être appliqué c'est le principe du Maxi Min, introduit par Rawls[1083], selon lequel lorsqu'il faut prendre une décision dans une situation d'incertitude, il faut évaluer le choix accompli sur la base de la pire de ses conséquences possibles[1084].

L'affaire « Commissione Nazionale per la Previsione e la Prevenzione dei Grandi Rischi » (*Commission Nationale pour la Prévision et la Prévention des Grands Risques*) est la dernière que je vais examiner. Elle constitue d'ailleurs la plus récente décision de la Cassation en matière[1085], qui conclut les procédures judiciaires (première instance et appel) contre sept membres de la « Commission Grands Risques » (CGR). Le Tribunal de l'Aquila[1086] avait reconnu les sept membres de la CGR coupables d'homicide involontaire à l'encontre de 29 personnes et de blessures involontaires à l'encontre de 4 personnes lors du violent séisme qui avait frappé L'Aquila la nuit du 6 Avril 2009 à 3 h 32, provoquant 309 morts et 1.600 blessés. Le tremblement de terre du 6 avril avait été précédé par de nombreux essaims sismiques. La CGR,

[1083] Rawls, A Theory of Justice, 1971.
[1084] A ce propos, D. Castronuovo, *Principio di precauzione*, cité, 6 et 37.
[1085] Cass. IV, 25 Mars 2016.
[1086] Tribunale dell'Aquila, 22 Octobre 2012, texte complet : https://processoaquila.files.wordpress.com/2013/01/sentenza-grandi.rischi-completa-1.pdf. Les prévenus ont été condamnés à 6 ans de réclusion, à l'interdiction de toute fonction publique et à la réparation du préjudice.

organe consultatif et propulsif du Service National de la Protection Civile pour toutes les activités visées à la prévision et à la prévention des diverses hypothèses de risques[1087], composée de scientifiques et d'experts de renommée nationale et internationale[1088], s'était réunie à L'Aquila six jours avant et avait fait des déclarations sur la situation sismique. Selon le Tribunal, lors de la réunion du 31 mars, qui aurait été destinée à donner aux habitants toutes les informations dont la communauté scientifique disposait sur les activités sismiques des deux semaines précédentes, la CGR *avait fourni des informations incomplètes, imprécises et contradictoires sur la nature, les causes, la dangerosité et les développements futurs des activités sismiques en question* : avec ça, elle avait violé (d'où la responsabilité fautive) soit les règles communes de diligence, prudence et compétence, soit les dispositions de loi qui lui imposaient *une évaluation des risques en vue de leur prévision et prévention*[1089] ainsi que *la charge de fournir une*

[1087] La CGR a été créée par l'art. 9 l. n. 225, 24 Février 1992: Institution du Service National pour la Protection civile; son organisation et ses fonctions ont été remaniées par le décret du Président du Conseil des Ministres le 7 Octobre 2011, v. www.protezionecivile.gov.it/jcms.it/commissione_grandi_rischi.wp. L'art. 9 l. 225/92, qui était en vigueur à l'époque du tremblement de terre de l'Aquila du 6 avril 2009, c'est-à-dire au moment des faits relevant pour le procès, disposait dans la façon suivante : (1) *La Commissions nationale pour la prévision et la prévention des grands risques est organe consultatif et propulsif du Service National de la Protection Civile* sur *toutes les activités de protection civile visées à la prévision et à la préventions des diverses hypothèses de risques. La Commission donne les indications nécessaires pour définir les exigences d'étude et recherche en matière de protection civile, examine les données fournies par les institutions et les organisations compétentes pour le contrôle des événements prévus par la* loi 225/92 *et évalue les risques connexes et les mesures à prendre, elle examine également toutes les autres questions inhérentes aux activités prévues par cette loi et qui lui sont attribuées.* (2) *La Commission est composée par le Ministre coordonnant la protection civile ou, en absence, par un délégué du Président du Conseil des Ministres, qui en est le Président, par un professeur universitaire expert des problèmes de la protection civile, qui remplace le Président en cas d'absence ou en cas d'empêchement*, *et par des experts des divers secteurs du risque.* (3) *De la Commission font aussi partie trois experts nommés par la Conférence permanente pour les rapports entre Etat, Régions et les Provinces autonomes de Trente et Bolzano.*

[1088] Un professeur de volcanologie ; le Directeur adjoint du secteur technique opérationnel de La Protection Civile ; deux professeurs de physique terrestre, dont un était aussi Président de l'Institut National de Géophysique et Vulcanologie; le Directeur du Centre National des Tremblements de Terre ; un professeur de planification en zone sismique et Directeur de l'*European Centre for Training and Research in Earthquake Engineering* ; un professeur de Technique de la Construction et Directeur du Bureau du risque sismique de la Protection civile.

[1089] Les §§ 2 et 3 de l'art. 3 de la l. 225/92 précisent, à avis du Tribunal, le contenu des tâches attribuées à la Commission par son art. 9 (*prévision et prévention des diverses hypothèses de risques*) : *prévision* comme *activités directes … à l'identifications des risques* (art. 3.2), *prévention* comme *activités visées à éviter ou à réduire au plus haut degré la possibilité de la survenance de dommages* (des calamités)…(art. 3.3).

information claire, correcte et complète[1090]. A suivre l'avis du Tribunal, les déclarations de la CGV (y compris des interviews aux médias avant et après la réunion) avaient été rassurantes, surtout dans la mesure où les membres de la Commission avaient donné, par rapport à la survenue d'un séisme grave, une faible importance aux essaims sismiques. Le Tribunal a donc retenu l'existence d'un lien de causalité entre les déclarations de la CGR et la mort et les blessures de ces 33 victimes du tremblement de terre de la nuit du 6 avril[1091] : malgré deux essaims sismiques, et à la différence des fois précédentes, elles étaient restées à la maison faisant confiance aux déclarations « très persuasives » rendues par la CGR, vues la renommée, la crédibilité et l'autorité des scientifiques qui la composaient[1092]. Le Tribunal, suivant les règles de l'arrêt Franzese[1093], conclut à l'existence d'une causalité « psychique », connotée par un haut

[1090]Charge qui découle d'une série de dispositions de loi, comme l'énumère le Tribunal de L'Aquila, § 3.6 (p. 169 ss) arrêt précité (n. 85).

[1091] Le Tribunal a examiné, cas par cas, les circonstances de fait pour démontrer les raisons qui avaient poussé les victimes à rester à la maison.

[1092] Selon l'expertise demandée par le Tribunal, la communication institutionnelle fournie par l'autorité scientifique est celle à laquelle les masses reconnaissent « la plus haute expression d'autorité » et qui pourtant jouit d'un « potentiel de conviction qui s'exprime dans la capacité de la pensée scientifique de se traduire dans des 'représentations sociales ' capables de conditionner l'agir collectif » (p. 556 de l'arrêt). Ces représentations sociales sont fonctionnelles à nous familiariser avec ce qu'on ne comprend pas et qui cause de l'anxiété (…) . Le savoir scientifique fourni une grille de lecture de l'inconnu par le biais de schémas compréhensibles et familiers et contribue à la formation du sens commun, sur la base duquel les individus et les groupes peuvent identifier, définir, interpréter et, le cas échéant, évaluer et prendre position sur les divers aspects de la vie sociale (p. 558). Comme le souligne le Tribunal, dans un état de peur et d'incertitude, alimenté par des rumeurs alarmistes … et par des messages « rassurants » provenant aussi de la Protection civile Régionale, la population adoptait des mesures de précaution transmises de père en fils , selon lesquelles, après chaque séisme significatif, il fallait quitter les maisons et les endroits clos et rester dehors, même pendant des heures, en attendant que le danger de répliques sismiques soit passé. En ce contexte les habitants nécessitaient avec urgence de décoder et d'interpréter le phénomène et la Commission Grands Risques avait était convoquée à L'Aquila à ces fins : comme le disait le Chef du Département de la Protection civile, une 'opération médiatique' pour 'rassurer' la population (p.559). La réunion de la Commission Grands Risques avait donc toutes les caractéristiques du modèle des 'représentations sociales' (p.560).

[1093] Le Tribunal identifie, comme règle générale de connexion, une loi scientifique, dérivée du savoir anthropologique (la loi des représentations sociales, dont à la note précédente), qui a caractère statistique et un très faible pourcentage de probabilité (un pourcentage si faible, qu'il vaut seulement pour les 33 victimes énumérées dans le chef d'inculpation) (p. 561 ss). Si on ne saurait pas identifier une loi scientifique comme *explanans*, le Tribunal est de l'avis de pouvoir faire recours aux règles empiriques d'expérience et les généralisations du sens commun (p. 569 ss.) Ensuite, pour démontrer l'existence du lien causal selon le modèle indiqué par l'arrêt Franzese, le Tribunal considère et exclut les possibles facteurs alternatifs par rapport à la conduite des prévenus qui auraient pu déterminer la décision de chacune des 33 victimes de ne pas s'éloigner de la maison après les essaims sismiques de la nuit du 6

degré de probabilité logique ou de crédibilité rationnelle, puisque les victimes étaient restées chez elles seulement en raison des déclarations de la Commission[1094]. Du point de vue de l'élément moral, la responsabilité a été retenue, puisque la violation de la règle prudentielle et des devoirs d'évaluation des risques et d'information est censée avoir produit un résultat (morts et blessures) qui représente la manifestation concrète des effets qu'une telle règle de conduite visait à prévenir. Une conduite conforme à la règle (correcte et adéquate évaluation des risques ; correcte et adéquate information au public) aurait poussé les victimes à ne pas se faire surprendre à la maison au moment du séisme. La Cour d'appel[1095] renverse l'arrêt du Tribunal[1096] sous tous les profils, acquitte six accusés et confirme[1097] la condamnation du Chef adjoint de la Protection civile pour violation de la règle de conduite de diligence et de prudence, sur la base du fait que – dans sa qualité de responsable de la communication au moment des faits - il avait accordé, avant la réunion, une interview rassurante, basée sur des notions scientifiquement erronées, exprimant des évaluations qui auraient pu être attribuées par la population aux scientifiques de la Commission. Il aurait partant mal géré la communication et il aurait dû prévoir la possibilité que ses

---

avril. Le schéma de la reconstitution causale est intégré par une vérification absolument scrupuleuse de la crédibilité et de la fiabilité des témoignages apportées (p. 564).

[1094] Après une analyse tout aussi scrupuleuse des faits, le Tribunal n'est pas arrivé à la même conclusion par rapport à la conduite d'autres 9 victimes du tremblement de terre, restées chez elles indépendamment des déclarations de la Commission (pp. 630-680) et n'a pas retenu existent le lien de causalité.

[1095] Corte d'Appello dell'Aquila, 10 Novembre 2014 (dep. 6 Février 2015), texte complet www.penalecontemporaneo.it/upload/1423587968CA_LAquila_GrandiRischi.pdf

[1096] La réunion de la Commission n'était pas une réunion « officielle » ; les prévenus n'étaient pas tous membres de la Commission ; les déclarations faites par chacun ne représentent pas des déclarations collectives ; le but de la réunion n'était pas celle d'informer les habitants ; avec la seule exception du Chef adjoint du Directeur de la Protection civile, la connaissance par les prévenus du communiqué de presse diffusé en vue d'informer la population n'a pas été suffisamment prouvée ; seulement le Directeur de la Protection civile et pas la Commission Grands risques a la charge d'informer sur les risques ; l'approximation, la généricité et l'inefficacité des évaluations des risques ne sont pas suffisamment prouvées ; la règle de conduite identifiée, que le Tribunal voudrait de nature méthodologique - : la rigueur des évaluations faites pendant la réunion -, ne figure dans aucune des dispositions citées par le juge ; ne s'agissant pas d'une responsabilité par violation de loi, il faut examiner la responsabilité sous l'angle de la maladresse, et pour la retenir il faut vérifier la rigueur scientifique des évaluations faites, qui ne peut pas être contestée ; il n'est pas prouvé que les prévenus étaient à connaissance d'une éventuelle intention du Directeur de la protection civile de rassurer la population ; sous l'aspect de la communication, il faut prendre en compte seulement deux interviews faites après la réunion respectivement par un professeur et par le Chef adjoint de la Protection civile, qui ne s'expriment pas d'une façon particulièrement rassurante.

[1097] En effet l'arrêt du Tribunal est confirmé seulement par rapport à une partie limitée des chefs d'inculpation (responsabilité pour la mort de 13 victimes ; peine réévaluée : deux ans de réclusion).

déclarations auraient fait baisser la garde à une partie des habitants en les détournant de l'adoption des mesures de sauvegarde qu'ils mettaient normalement en œuvre en prévision de la survenance d'un séisme.

La Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel[1098]. Ce qui nous intéresse[1099], sous l'angle de l'utilisation du principe de précaution dans la jurisprudence pénale italienne, est que, pour la première fois, un tel principe est ouvertement évoqué et fait objet des réflexions de la Cour. La Cassation, de façon contradictoire, prétend s'intéresser à la question par un *obiter dictum* (§ 5), repoussant une des plaintes d'un requérant[1100], tandis qu'en effet elle s'occupe d'esquisser avec précision la différence qu'il y aurait entre le champ applicatif du principe de précaution et celui des règles prudentielles qui régissent la responsabilité par faute. La Cour estime que le principe de précaution serait correctement évoqué dans les cas où on reste au niveau du *suspect* que, sous certaines conditions et surtout par rapport à la santé humaine, des effets négatifs peuvent s'avérer (ondes électromagnétiques, téléphonie mobile ; OGM), c'est-à-dire lorsque, en termes absolus, non seulement il n'y a pas une explication possible des mécanismes causales, mais on ne peut même pas disposer d'éléments concrets d'enquête (quoique de consistance empirique et non scientifique) aptes à formuler des prévisions fiables et concrètes par rapport à des connexions éventuelles entre la conduite suspecte et les résultats préjudiciables contre lesquels on voudrait se protéger. La règle prudentielle ne saurait pas être identifiée sur la base du principe de précaution. Au contraire, elle doit se fonder sur la possibilité de prévoir et d'éviter le résultat et s'applique aux cas où, en présence de la conduite enfreignant la règle prudentielle, la production du résultat peut être considérée si non certaine, au moins possible sur la base d'éléments d'enquête de caractère fiable et concret, même si doués d'une consistance empirique et non scientifique. Dans le cas d'espèce, la Cour

[1098] Cass., IV, 25 Mars 2016, texte complet www.penalecontemporaneo.it/upload/1459777212Cass_2016_12478_LAquila.pdf

[1099] Autres aspects de l'arrêt sont intéressants et problématiques du point de vue dogmatique, mais ils ne relèvent pas pour notre discours.

[1100] Dans son pourvoi en Cassation, Le Chef adjoint de la PC se plaint que la Cour d'appel avait retenu la prévisibilité du résultat néfaste de sa conduite, tandis que, au moment de la conduite, il ne pouvait pas envisager la « possibilité », mais seulement le « suspect » des conséquences préjudiciables : et le suspect ne pourrait que justifier l'adoption de mesures de précaution, qui d'ailleurs ne relèvent pas au pénal, mais surement pas l'élaboration d'un système de règles à utiliser pour retenir la responsabilité par faute d'un l'accusé.

valide les argumentations de la Cour d'appel et mal-fondé le pourvoi sous l'angle du prétendu recours fait par les juges au principe de précaution.

L'espace que la Cour de Cassation reconnait dans le système au principe de précaution est toutefois bien mince. C'est une acception limitée du principe qu'est prise en considération. En effet, pour la Cassation, la règle prudentielle (fondant la responsabilité pénale) se construit autour de la possibilité concrète que la conduite puisse provoquer le résultat : le seuil au-delà duquel l'auteur peut prévoir sa conduite n'est pas représenté par la certitude scientifique, mais aussi par la probabilité ou même la possibilité (basée sur des éléments concrets) que les résultats se produisent. Il suffit que l'auteur, au moment où se met en œuvre sa conduite, puisse sérieusement se représenter les risques liés à son action ou à son omission par rapport à des événement du genre de ceux qui se sont effectivement produits, aussi dans les cas où il n'y ait pas, *ex ante,* un plein accord de la communauté scientifique sur la dangerosité de la conduite. L'exemple est celui de l'augmentation des dermatites chez les travailleurs qui manipulent des substances déterminées : en premier lieu, bien avant qu'on détermine scientifiquement l'origine de la maladie, l'augmentation observée fait naître l'obligation de faire utiliser des gants de protection. On dirait que la précaution n'est pas dehors du discours de la responsabilité pénale. Et qu'on n'est qu'au début du chemin.

Je ne vais pas tirer un bilan de mon coup d'œil sur la situation en Italie par rapport au principe de précaution. Je crois, en effet, qu'on n'a observé qu'un symptôme de la crise qui bouleverse la discipline. Le droit pénal, tel qu'on le connait dans ses catégories classiques, a du mal à gérer la contemporanéité. Forcer ces catégories est toutefois une opération dangereuse, qui pourrait porter atteinte aux garanties qu'elles expriment. On a vu en effet que les principes fondant le droit pénal constitutionnel - légalité, caractère offensif de l'infraction, culpabilité – seraient remis en question : il en va surtout de la possibilité de connaitre exactement au moment de la conduite les conséquences qui peuvent en découler. D'ailleurs une inclusion du principe de précaution dans la « boite à outils » du juge va renforcer une tendance déjà présente dans le panorama italien : plus que fixée *ex ante* par la loi, la norme régulatrice du cas concret est décidée *ex post* par le juge. Mais le discours est très complexe et la situation encore trop incertaine pour pouvoir l'approfondir maintenant. Il faut plutôt réfléchir sur la manière de faire face à des inquiétudes

objectivement très graves que les phénomènes actuelles évoquent, et encore fois sur le rôle que le droit pénal – mais quel droit pénal ? – peut ou doit jouer dans la partie.

5. ESPAGNE

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET SA DIFFICILE INCORPORATION AU DROIT PÉNAL[1101]

Gonzalo Quintero-Olivares. Catedrático de Derecho Penal
Professeur à l'Université de Tarragone, Espagne

1. Origine et extension du principe. 2. L´expansion du principe. 3. Le principe de précaution dans l´action administrative. 4. Le principe de précaution dans le droit pénal. 5. Les infractions de danger en droit pénal. 6. La prétention d'introduire ce principe dans le pénal. 6.1. Les fonctions positives de la prévention et de la précaution. 7. Risque et danger dans les délits d´imprudence. 8. Le principe de précaution et les délits de danger. 9. Le principe de précaution et les lois pénales « incomplètes ». Conclusions.

Résumé:
Le principe de précaution, né dans le domaine du droit administratif comme critère de régulation de l'activité administrative sur l´environnement, est en progression constante et, pour certains, il gagne même le droit pénal. L'introduction de ce principe dans le droit pénal se fait à travers les délits de risque ou danger, quoiqu'il pourrait également s'immiscer dans la technique de construction de l'imprudence. Cependant, la doctrine pénale espagnole, dans sa majorité, s´est positionnée contre la possibilité de faire produire des effets au principe de précaution dans l'interprétation et l'application du droit criminel, malgré la position contraire de quelques rares décisions jurisprudentielles. L'entrée du principe de précaution en droit criminel – personne ne remet en cause sa fonction et son importance dans le droit administratif – entraînerait une criminalisation des activités interdites exclusivement au nom des conséquences inconnues, sans vérification de la création d'un risque. Un « droit pénal de la précaution » remettrait en cause la structure dogmatique des infractions de danger abstrait et supposerait la renonciation au principe

[1101] Contribution au colloque sur le principe de précaution en droit pénal étranger et européen. Rencontres européennes dans le cadre du Projet de recherche international GIP Droit et justice : Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale. Sous la direction de Mathilde Boutonnet et Jean-Christophe Saint-Pau.

de lésion ou de danger des biens juridiques, aspect essentiel du principe de l'intervention minimale du droit pénal.

1. Origine et extension du principe

1. Le principe de précaution ou de prudence fut développé en droit allemand de l'environnement dans le dernier tiers du XXe siècle, sous le nom de *Vorsorgeprinzip* et visait à la protection de la santé humaine contre l'effet de certaines substances chimiques. Il s'est facilement étendu à la protection des écosystèmes et des ressources naturelles et, par cette voie, aux problèmes environnementaux mondiaux.

2. Cette internationalisation du principe devient visible dans la première Conférence internationale de la protection de la mer du Nord, (1984) et intégrera par la suite différents documents internationaux (traités, déclarations). En 1991 l'OCDE l'intègre dans la recommandation C (90) 164 de son Conseil pour la prévention et la lutte intégrée contre la pollution. La lettre finale de reconnaissance se produit dans ce qu'on appelle le « sommet de la Terre » (déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement) et son principe n)15, qui dispose que: "Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.") En bref, le principe de précaution consacre l'idée selon laquelle, en cas de risque, on doit prendre des mesures de protection sans aucune preuve scientifique que des conséquences néfastes peuvent se produire.

3. Une précision s'impose : le principe de précaution a été créé pour la protection de l'environnement et est configuré comme un standard à suivre par les pouvoirs publics dans leur activité de gouvernance et de réglementation, selon lequel, en matière de prévention des dommages à

l'environnement, toute la prudence est faible. Par conséquent, l'extension de cette approche à d'autres domaines, pour justifier des obligations ou des interdictions, *peut-être incompréhensible ou injuste.*

4. Mais cette extension a eu lieu, commençant par son application à la santé humaine, animale ou végétale (déclaré expressément par le règlement CE n° 178/2002). Une première argumentation favorable à l'application du principe de précaution dans le « cercle de soins » est facile à comprendre : si ce principe vise à protéger l'environnement ou l'écosystème, il se doit aussi de protéger les êtres humains, la flore et la faune, car ils font partie de l'équilibre des systèmes.

5. Dans l'état actuel de la technique, le principe de précaution entre en jeu lorsqu'un produit ou un procédé peut avoir des effets potentiellement dangereux, *même si l'évaluation scientifique du risque ne peut pas être déterminée avec un niveau de certitude suffisant*. Il s´agit donc d´un critère pour l'analyse et la gestion des risques, influant sur la prise de décisions dans la gestion administrative ou l'adoption de normes réglementaires. Bien sûr, on ne pourra pas invoquer le principe comme justification d´une décision au nom de données scientifiques encore spéculatives, car ce serait une décision arbitraire et, partant, inconstitutionnelle dans n'importe quel État.

6. Par conséquent, seule est envisageable l'option d'une interdiction devant un risque potentiel même si il n'y a aucun élément de preuve de sa concrétisation, et à la condition de se fonder sur une des données scientifiques solides, bien que ces données, logiquement, reconnaissent l'incertitude quant aux conséquences dommageables.

7. On ne peut pas nier que le principe de précaution ait un sens, compte tenu de la vitesse avec laquelle se détériore l'environnement ; et cela impose de prendre des décisions dans l'incertitude. Dans la mesure où l'application principale du principe est d'interdire des activités, on lui a reproché d'être un obstacle au progrès. Cette allégation est exagérée et injuste, parce que dans le fond, elle procède d'un principe inverse à celui de la précaution : rien n'est nocif ou dangereux jusqu'à la preuve du contraire. Entre ces deux postures extrêmes, il faut chercher une voie médiane : il faudrait seulement autoriser des activités (qu'elles soient industrielles ou commerciales) quand il est raisonnablement avéré

qu'elles sont sans danger ; en cas de doute, on pourrait laisser le choix (si c'est un produit de consommation) à la citoyenneté. L'interdit serait réservé aux hypothèses où la science a formulé un pronostic théorique de risque.

8. Avant de continuer et afin d'éviter de tomber dans une "image de naïveté", je veux exprimer ma position sur l'idéologie de fond du principe de précaution *quand il va au-delà de ses limites originelles*. On ne peut pas discuter cette idéologie, en premier lieu, parce que ce n'est pas l'objet de ces pages. En plus, en second lieu, on doit prendre en compte que la politique de l´Union européenne elle-même a officiellement assumé (pour les questions environnementales) le principe de précaution. Il est ainsi difficile à remettre en cause, d'autant que la société apprécie positivement tout ce qui est présenté comme l'expression de la « prudence ».

9. Mais le principe de précaution peut, malgré tout, être critiqué. Non sans motif, d'aucuns ont qualifié ce principe d'être à la source de « lois de la peur ». Le risque est présent dans nos vies : il suffit de penser au réchauffement climatique ou les aliments transgéniques. Mais nous devons également penser à l'attaque terroriste dans une discothèque ou au financement du terrorisme. À cela, il faut ajouter que chaque culture ressent de la crainte ou une préoccupation pour des motifs divers, selon ses besoins et son développement. Les mesures proposées au nom du principe de précaution peuvent générer à leur tour des problèmes. En premier lieu, la prétention des « précautionistes » s'étend à tout type de risque, sans différenciation entre une catastrophe nucléaire ou la perte de la flore dans un lac. En deuxième lieu, il semble interdit de mentionner la relation entre les coûts et les avantages que pourraient impliquer des mesures prohibitives. Enfin, mais pas en importance, le débat sur la liberté de l'individu et de son droit de décider ce qu'il veut faire est exclu. Nous ne pensons pas seulement à l'environnement, espace dans lequel le précautionisme a été logiquement développé avec force, mais à l'extension de cette idéologie, dans la lutte contre le terrorisme et l'insécurité, où il peut affecter la liberté et la vie privée ainsi que bien d'autres droits. Cela dit, analysons l´entrée du principe de précaution en droit criminel.

2. L´expansion du principe

10. Lorsque nous nous demandons ce qu'est vraiment le principe de précaution, la première chose que l'on observe est que le nombre de définitions offertes est trop large. Mais nous pouvons accepter comme « idée de base » que lorsque qu'existent des risques inhérents à une activité, même si ces risques ne peuvent pas être démontrés, le principe de précaution justifie des mesures de restriction ou d'interdiction de l'activité, surtout lorsque les biens en jeu sont de l´importance de la santé humaine ou de l'environnement.

11. L´argumentation théorique du « précautionisme » est construite sur quelques idées essentielles :

a) l'environnement est sérieusement menacé, au point qu'on peut parler de crise de l'environnement, et que les États doivent prendre des mesures extrêmes pour le soigner et le récupérer, éliminant tout risque, même hypothétique ou non-prouvé.
b) cela doit être fait, au prix de limitations radicales, pour léguer aux futures générations un environnement meilleur. C'est à cette condition qu'on donner satisfaction aux demandes de Justice dans l'État social.
c) le développement économique peut-être être incompatible avec la préservation de l'environnement, mais celui-ci est un patrimoine qu'il faut préserver pour les générations futures.
d) le développement technologique génère des nouveaux risques dérivés de l'activité humaine.
e) le degré de risque qu´une société veut accepter doit être le fruit d´une décision démocratique, et cette décision permettra de déterminer le champ d'application du principe de précaution. On part ici d'une idée simple : les risques d'une activité sont supérieurs aux avantages qu'elle peut proportionner.

12. Ainsi, le principe de précaution est aussi une arme dans la confrontation du libéralisme, anthropocentrique, focalisé sur le présent, et le devoir de solidarité visant à protéger l'avenir et l'héritage des générations futures. Au nom de ce noble objectif, les opinions scientifiques s´imposent sur toute autre considération relative aux intérêts immédiats des habitants actuels de la planète.

13. Notre société actuelle a été précisément décrite comme une « société du risque », nous vivons de manière risquée, comme si c'était notre « moyen naturel », et ce risque augmente constamment. A cet égard, il faudrait une intervention de plus en plus préventive, laquelle devrait irriguer tout le système juridique.

14. Le « précautionisme » a un grand nombre de défenseurs, mais surtout il ne se pose pas comme une réflexion sociologique ou philosophique sur notre présent et l'avenir, mais comme *une catégorie juridique générale et essentielle*. De cette façon, le *Vorsorgeprinzip* ne devrait pas limiter son champ d'application au droit administratif de l'environnement, parce que ce serait aussi incompréhensible que de dire que le principe de légalité affecte seulement une partie du droit. Aucune partie du droit devrait être exclue, même pas – et celui-ci sera l'objet central de ces pages - le droit pénal.

15. Même sans accepter ce raisonnement, force est d'admettre que l'impact de l'évolution technologique a été très grand et il va bien au-delà de la santé et de l'environnement, arrivant à la circulation routière, la confidentialité, la sécurité publique, etc. L'oublier serait une grave erreur. Une autre question, tout à fait différente, réside dans la détermination du moyen le plus approprié pour prévenir l'augmentation du risque et, en l'occurrence, l´implantation illimitée du principe de précaution dans tous les domaines du droit.

16. Nous savons que le critère ayant marqué la politique de l'environnement allemande, après être devenu un élément central du droit administratif allemand en matière de protection environnementale, est finalement arrivé au droit de l'environnement de l'Union européenne et apparaît dans l'art.191 du Traité sur le fonctionnement de l'UE. Le principe est expressément reconnu dans la Constitution française (depuis février 2005, quand il a été inclue la Charte de l'environnement, dans laquelle, est le principe de précaution dans l´article 5), et aussi, indirectement, dans la Constitution espagnole, parce que son art.96 dispose que les traités internationaux, comme la TFUE, une fois officiellement publiées en Espagne, font partie intégrante du droit interne. Le principe était théoriquement lié à l'environnement, mais dans la pratique, il a élargi son rayon à la protection des

consommateurs, le contrôle alimentaire et la santé humaine. Dans la politique communautaire environnementale plusieurs principes directeurs fondamentaux sont reconnus :

- le principe de précaution
- le principe du « pollueur-payeur », selon lequel les coûts économiques générés par la pollution, directe ou indirecte, ainsi que le coût de réparation des dommages (lorsque cela est possible) doit être supporté par le pollueur, parce qu'il serait injuste que ce coût soit supporté par la Société. Mais, et c'est le plus important, il est essentiel que les activités économiques génératrices de pollution soient envisagées comme des prestations hors du bénéfice du coût de la pollution. Je ne traiterai pas ce deuxième principe.

17. Le dernier pas dans cette évolution serait l'entrée du « précautionisme » dans le droit pénal, ce qui exprimerait la prétention de protéger l'avenir par la voie du droit pénale, idée très inquiétante même comme critère directeur de l´activité législative.

3. Le principe de précaution dans l´action administrative

18. **Le devoir des gouvernants d´agir avec prudence** peut se traduire dans de nombreuses décisions, comme par exemple, celles qui exigent des conditions de capacité et d'expérience pour occuper certaines responsabilités ou pour développer certaines activités. Il faut aussi éviter les risques inutiles, et on pourrait suivre par l'énumération des manifestations de conduite prudente. Mais cela n'a rien à voir avec ce que représente le principe de précaution dans l'action gouvernementale.

19. Dans l'activité administrative, qui se définit comme l'activité de régulation ou de réglementation, ainsi que comme activité quotidienne de gouvernance, le principe de précaution se concrétise par *la possibilité d'interdire une activité*, *limitant les droits des citoyens*, bien qu'il n'y ait aucune donnée scientifique ou empirique prouvant l'existence d´un danger pour la santé ou pour l'environnement.

20. C'est donc un principe régissant la prise de décisions en situation d'incertitude, ce qui est, en plus, soutenu par la jurisprudence communautaire. Le principe, porté jusqu´à ses conséquences ultimes, peut servir à justifier la prohibition d´activités dont la dangerosité n'a pas été démontrée de manière certaine. L'incertitude scientifique est suffisante pour *interdire l'activité, malgré le manque de raisons juridiques minimes pour mettre en cause sa réalisation*. Cela se produirait au nom de cette incertitude sur les effets possibles des progrès technologiques.

21. La portée du principe est encore plus importante, lorsqu'elle détermine la cessation d'activités qui étaient autorisées, mais qui, grâce aux progrès de la science, sont apparues comme dangereuses. La situation s'éloigne de celle où un dommage se serait produit, parce que, dans cette hypothèse, nous serions confrontés à un panorama entièrement diffèrent (*ex post damnum)*. Au nom du principe de précaution, et sans que les effets concrets aient été signalés, on peut ordonner la cessation d'une activité, le retrait d'un produit alimentaire, pharmaceutique, cosmétique, industriel, etc.

22. On comprendra facilement que les conséquences de l'application du principe de précaution peuvent être très lourdes, car elles peuvent déterminer la limitation ou l'interdiction d´activités légales, et cela a, avant tout, une dimension constitutionnelle très inquiétante, qui consiste dans l'inversion de la maxime *pro libertate* dans des cas où les connaissances scientifiques ne prouvent pas qu'une activité génère un risque intolérable, sans toutefois pouvoir être exclu. Et le principe est effectivement présent en droit positif: par exemple, dans l'article 3 de la Loi (espagnole) Générale de la santé de 2011, le principe de précaution est expressément visé comme un des critères fondamentaux de l'action administrative. Il dispose en effet que "l'existence de preuves fondées d'une possible implication sérieuse pour la santé de la population, même s'il existe une incertitude scientifique sur la nature du risque, déterminera la cessation, l'interdiction ou la limitation de l'activité sur laquelle il y a des soupçons".

C´est donc la traduction directe et radicale du principe de précaution, entraînant la restriction ou l'interdiction d'activités impliquant l'exercice des droits économiques individuels ; cela rend nécessaire un équilibre entre la décision démocratique sur le risque et le respect de ces droits humains. Voilà la dimension constitutionnelle du problème.

23. Il est vrai que l'administration publique, selon l'art.103 de la Constitution espagnole, sert avec objectivité les intérêts généraux, concept pouvant englober la précaution, de la même manière qu'il pourrait comprendre l'activité industrielle et commerciale. Établir une « hiérarchie entre intérêts » et qualifier l'une de « générale » alors que l'autre apparaît comme « générale mais mineure » est très difficile. Pour cette raison, c'est l'examen de proportionnalité entre ce que vous voulez prévoir, son degré d'incertitude, et ce qui est interdit qui se révèle important.

24. La proportionnalité devrait gouverner quand il s´agit de *sacrifier un droit*, ce qui ne peut être admis lorsque les intérêts qu´on veut prioriser sont d'une importance capitale, et l'Administration publique ne peut fonder ses décisions sur une présomption *iuris et de iure*, construite sur le sol incertain de l´incertitude scientifique.

25. Le principe de précaution, donc, par sa nature même, ne peut générer que des décisions exceptionnelles dans l'activité administrative. Il est au surplus logique d'exiger une *proportionnalité*, laquelle conduit à souligner l´importance de la *motivation* et la *limitation temporelle de la décision concernée.*

26. Le champ d'application de la décision prise au nom de l'incertitude peut être variable. Par exemple, la possible, mais non-démontrée nocivité d'un médicament peut justifier son interdiction à la vente, ou tout simplement l'injonction faite au fabricant d'inclure un avertissement dans les informations du produit.

27. Il est également nécessaire de respecter la base du principe de précaution, qui est l'incertitude. Il s'agit d'une situation que la science doit préciser, tôt ou tard, parce qu'on ne peut cristalliser une situation indéfinie interdisant l'exercice de droits légitimes. Cela devient plus grave si l'on considère *que le principe de précaution suppose le renversement de la charge de la preuve,* car c'est alors celui qui supporte l'interdiction d'une activité qui doit prouver scientifiquement que la création du risque n'est pas avérée, c´est-à-dire, qu´elle n´a pas de base scientifique suffisante.

4. Le principe de précaution dans le droit pénal

28. Au début de ces pages nous avons indiqué que le principe de précaution, généré pour le droit administratif et, par la suite, étendu au droit administratif international, est conçu par certains - qui n'ont pas pu complètement imposer leurs idées – comme un principe général du droit. Partant de cette idée, il devrait être étendu à la matière pénale.

29. On doit reconnaître que l'image générée par le principe de précaution est « bien accueillie » et cela explique la facilité avec laquelle il est accepté pour s'étendre aux autres branches du droit, (sans penser aux conséquences) ; car il est toujours bien venu de protéger. Vivant dans une société du risque, on comprend cette tendance à étendre la fonction du principe qui, parfois se fait avec les meilleures intentions, mais sans savoir ce que serait son application en droit criminel.

30. Jusqu'au présent, le principe de précaution, en droit espagnol, s'est seulement manifesté dans le domaine des délits contre la santé publique, plus précisément dans les infractions de fraude alimentaire. Son entrée a été provoquée non par la Loi, mais par une jurisprudence qui, peut-être sans une conscience claire de ce que sont des infractions de danger abstrait, a considéré que pour cette catégorie d'infractions les (infractions alimentaires), il n'est pas nécessaire de prouver l'effet nocif de la conduite. Le principe de précaution s'appliquant à cette catégorie d'infractions, on serait exonéré de cette démonstration.

31. Certes, la doctrine espagnole considère que le délit de fraude alimentaire constitue un crime de *danger abstrait*. Mais le problème est ailleurs, car est ici introduite l'idée que, pour cette catégorie d'infractions, le principe de précaution permet de renoncer à toute analyse relative à la réalité du risque de résultat nuisible.

32. Arrivant à ce point, le problème du rôle du principe de précaution dans le droit criminel se pose de manière bien plus inquiétante : la possibilité de ce que, en son nom, soit supprimée *l'exigence d'atteinte matérielle* au droit. Si cela arrivait, la jurisprudence concernant la fraude alimentaire serait seulement un avertissement de ce qui pourrait suivre: la destruction de la notion d'infraction de risque et le retour à la confusion entre l'infraction administrative et criminelle.

33. Le principe de précaution, comme précédemment signalé, détermine la création de règles administratives prohibitives et permet même de refuser une autorisation d'activité ou de la faire cesser, avec les limitations que j'ai exposées auparavant. Mais il ne peut pas légitimer une norme criminelle incriminante, sauf à ignorer ce qu'est un délit de danger.

5. Les infractions de danger en droit pénal

34. **En droit pénal de l´environnement (ou est né le principe de précaution),** la majeure partie des dispositions consiste en des délits de mise en danger abstraits, le reste étant des délits de danger concret.

35. Il y a 50 ans il n´y avait dans le droit pénal que peu de délits de mise en danger . Aujourd'hui, ils sont très nombreux. On dit que le risque est généré par l'activité humaine, tandis que le danger serait une conséquence de la « dynamique de la nature ». La signification de ces deux concepts est différente en droit pénal. La société crée le risque, mais la mise en danger justifiant le recours au droit pénal commencera au-delà de la limite maximale du risque que la société est prête à tolérer.

36. Nous savons tous que nous vivons dans une société du risque. Notre monde a accepté, voulu, eu besoin, et assumé le risque comme le milieu naturel dans lequel notre vie quotidienne se développe, aussi bien en cas de circonstances courantes - alimentation, circulation des véhicules – que dans des secteurs spécifiques tels que la construction, la médecine, la production industrielle et leur impact sur l'environnement, etc. Il a été dit aussi que, pendant une bonne partie du XXe siècle, la société a accepté un concept nucléaire, celui de « *risque permis* », qui signifie accepter le risque, vivre avec lui,

puisque c'est une conséquence nécessaire de l'industrialisation et d´autres avantages, en somme : le « prix du progrès ».

37. En sens contraire, on dit que la société actuelle, ne partage pas cette vision des choses. Elle préfère la sécurité à la liberté d'action et pas seulement en raison d'une transformation idéologique, mais parce qu'il y a une plus grande conscience de la gravité du risque. C'est ce qui explique l'importance actuelle du principe de précaution, laquelle aurait été incompréhensible il y a 50 ans.

38. Dans le cadre d'une société configurée et, par-dessus tout, habituée ou élevée « dans le risque », même en admettant la montée en puissance du principe de précaution, nous nous devons de réfléchir à la fonction protectrice que l'on attend du droit pénal.

39. La première réponse est simple : si le risque augmente, on devra construire la prévention par le biais de nouvelles infractions de danger. Les infractions de danger, dit-on, sont le résultat d'une nécessité de notre époque. Avec elles, nous voulons anticiper l´intervention du droit pénal, jusqu'à l'étape de création d'une *possibilité d'atteinte* aux biens juridiques d'une importance particulière, sans attendre la réalisation du dommage. Cette possibilité, à son tour, se fonde sur un pronostic basé sur l'expérience et le danger, dépendant de la gravité du risque que l'expérience enseigne, et plus ou moins proche, compte tenu de la gravité de l'effet. Sur la base de ce critère est établie la différence entre le danger abstrait ou conceptuel et le risque imminent et concret.

40. L´*anticipation maximale* de l´intervention du droit pénal correspond aux délits de *danger abstrait*.

Tout cela repose sur une grande perfection formelle, d´ordre et de classification. Il faut toutefois se garder de confondre la technique législative (choix entre danger abstrait ou concret) et la gravité des enjeux, pensant que la structure des délits abstraits est la conséquence de la gravité du risque que l'on veut éviter. Cette relation n'est pas avérée, le choix dépendant non seulement d'un jugement de valeur du législateur mais également d'autres critères comme l'opportunité politique ou le bien-fondé du contrôle de l'activité considérée.

41. Il est donc clair que l´application des délits de « danger abstrait » est beaucoup moins exigeante sur les questions de preuve. Par exemple : introduire des substances toxiques dans un fleuve peut être puni sans attendre l´apparition des poissons morts. Cependant, même si nous prenons acte du danger implicite de l'acte de libérer des substances toxiques dans l'eau ou l'air, ce qui est vrai, et personne n'en discute, il ne sera pas facile expliquer la raison de l'intervention du droit pénal au lieu du droit administratif sanctionnateur. L'incrimination de délits de danger, de la façon dont on le fait, contribue de plus en plus *à brouiller la différence entre les crimes et les infractions administratives* ; en outre il est probable que ce genre de catégories remette en cause l'exigence d'une offense (soit *lésion ou mise en danger*) au bien juridique, laquelle dérive au fond, du vieux principe *nullum crime sine iniuria* (en droit espagnol on parle de « *ofensividad ou lesividad* », en Italie de « *offensività* » et en Allemagne de « *rechtsgutsverletzung* »).

42. Dans les infractions administratives, il n'est pas besoin de démontrer qu'un risque a été vraiment généré. Mais dans les délits de danger, l'intervention du droit pénal repose sur *la probabilité des dommages*, ce qui les différencie des crimes qui matériellement affectent un bien juridique. Ainsi les biens juridiques (vie, santé, environnement) sont offensés, avec la lésion ou la mise en danger.

43. Les lois pénales, d'autre part, ne peuvent pas créer des infractions où il n'y a aucune agression à un « bien juridique ». Parfois on a dit que dans les infractions de danger abstrait, il n'est pas nécessaire de créer un danger effectif, contrairement à ce qui se passe dans les crimes de danger « concret ». Mais cela est inexact. La différence entre les crimes de danger abstrait et concret se trouve dans la *charge de la preuve* : dans les crimes de danger concret on doit prouver que l´auteur, l´accusé, a effectivement créé une situation dangereuse. Dans les infractions de danger abstrait, c'est l´accusé qui doit prouver qu'il n'a pas créé de danger, malgré le fait que son action pouvait être objectivement dangereuse. Mais dans les deux situations, la possibilité d´un résultat dommageable est fondée sur l'expérience.

44. Au point de vue technique, les délits de danger présentent des caractéristiques structurelles qui les rapprochent des délits d´imprudence, au moins jusqu'à un certain degré de développement. Il s'agit autrement dit de comportements au moins téméraires qu´on veut punir sans arriver à la production du dommage. Alors parler de « danger intentionnel » (*dolus periculi) est quelque peu fictif* et contradictoire, car s'il s'agissait d'un comportement intentionnel, il faudrait le punir comme tentative d´un délit intentionnel (par conséquent, plus grave).

45. De la même façon que dans les délits d´imprudence, les délits de danger incriminent des actions qui violent normes ayant pour but de protéger un bien juridique ; et pour cette raison est créé un risque injuste (contraire à la norme) pour ce bien protégé. Il s'agit d'actions que le législateur veut punir pour elles-mêmes, sans nécessité de production ultérieure d´un résultat matériel.

46. Si l'on reconnaît la réalité matérielle de ce que sont ces comportements, on voit qu´il s´agit d´activités (dangereuses) réalisées par imprudence consciente ou inconsciente, ou avec une intention potentielle (*dolus eventualis*) ou éventuelle - tout cela pouvant être étiqueté comme « intentionnalité dangereuse » (*dolus periculi*). Les auteurs réalisent des actions (conduire en état ivresse, verser substances toxiques, transporter des liquides inflammables ou matériaux contaminants sans garanties, etc.) que le législateur a décidé de punir, déclarant qu'il le fait par mesure de précaution, et sans attendre la production d´un résultat de dommage. La seule certitude réside dans le fait qu'il s'agit d'une décision politico-criminelle inspirée par des motifs de prévention générale et, bien sûr, de l'expérience, car celle-ci montre que ces actions finissent souvent par causer des dommages.

47. Certes, s'il n'existait aucun délit de danger, les comportements décrits resteraient impunis. La raison de cette affirmation est essentiellement technique, puisqu'il n'est pas admis, pour des « raisons dogmatiques », que nous n'analyserons pas ici, la possibilité de punir des phases imparfaites d´exécution du délit d´imprudence, c´est-à-dire la « tentative d´imprudence ». Il est évident que si on pouvait prouver que l'auteur avait cherché délibérément le résultat, il s'agirait alors d'un infraction intentionnelle contre l'intégrité physique, la vie, l´environnement, la propriété ou n´importe quel autre bien, puni comme « tentative ». Pour cette raison, nous pouvons comprendre, qu'historiquement, l'incorporation des délits

de danger au droit pénal partait de l´impossibilité de punir comme tentative de graves délits de résultat, des comportements dans lesquels l´unique chose évidente était la création d'un risque objectif pour un bien juridique, car le désir (intention directe) ou l'acceptation du résultat de dommage (intention éventuelle) n'avait pas été comprise subjectivement dans la conduite de l'auteur.

48. En conclusion : dans les délits de danger est punie une action parce que *selon l'expérience scientifique et humaine, elle est à même de produire un résultat nuisible*. Il en va de même avec les délits d´imprudence, mais avec une différence : que dans ceux-ci, le résultat qu´on voulait éviter par la création de normes de soins préventives, se produit parce que l´auteur a transgressé des normes de soins généraux et ses propres capacités personnelles pour éviter un résultat qui était prévisible, bien que l'auteur croyait qu´il ne se produirait pas. Dans un délit de danger comme dans un délit d´imprudence, il y a une conséquence possible, appréciée par le législateur, qui décide de punir sans attendre la production d´un dommage, dans le premier cas, ou seulement lorsque le dommage, qui aurait pu être évité, s´est produit (dans le cas du délit d´imprudence). Ce qui explique l'existence des crimes du danger *n'est pas le principe de précaution*, mais la possibilité démontrée de causer un dommage, chose *qu´on ne peut précisément pas dire avec le raisonnement « precautioniste »*, parce que celui-ci part du postulat qu'il n'y a aucune démonstration scientifique effective des dommages qui peuvent survenir. Dans ces conditions, on ne pourrait pas créer un délit de danger, car le code pénal exige pour la protection des biens juridiques *que tous les crimes soient dommageables ou mettent en danger un bien juridique, et ce danger repose sur l'expérience.* En droit administratif on peut (et peut-être doit-on) créer des infractions au nom du principe de précaution, mais on ne peut pas le faire en droit pénal, soumis aux principes de *ultima ratio* et d´exclusive protection des biens juridiques.

6. La prétention d'introduire ce principe dans le giron pénal

49. Les idées défendues par les partisans de l'entrée du principe de précaution dans le droit pénal montrent une tendance à traiter comme des manifestations du principe de précaution des questions et problèmes pénaux très différents. De cette façon on vide de sens le contenu du principe de précaution.

Si on veut arriver à la possibilité d´attribuer une responsabilité pénale pour «violation du principe de précaution » il faudrait, auparavant, tenir compte de certains problèmes :

a) le principe de précaution ne sert pas à l'interprétation des délits de danger ou de risque
b) le principe de précaution ne sert pas pour comprendre les délits d´imprudence.
c) le principe de précaution ne peut pas être une « explication alternative » pour les délits de danger ou d´imprudence.
d) au nom du principe de précaution on pourrait seulement créer *une nouvelle catégorie* de délits.

50. Acceptant que, dans *l'état actuel du droit pénal*, il est impossible d'introduire le principe de précaution, nous pouvons passer à une autre question très différente, qu´on peut analyser sur le plan théorique : *serait-il possible et souhaitable que le principe de précaution* puisse être utilisé pour interpréter le droit pénal dans des situations d'incertitude scientifique ? Serait-il possible et souhaitable pour le droit pénal *d'établir des infractions criminelles sur la base de la «logique» du principe de précaution ?*

51. Sans doute y aura-t-il des partisans de l'inclusion de nouvelles infractions inspirées par le principe de précaution, au motif que la « logique de la précaution » est une « exigence de notre temps », imposée notamment par la détérioration progressive de l'environnement (il suffit de penser aux risques potentiels de polluants hormonaux). Mais pour accepter cette possibilité, on devrait admettre que le principe de précaution est un *nouvel élément* qui caractérise les questions nouvelles qui doivent être évaluées, et qui ne peuvent être résolues avec les normes pénales actuelles, car il ne trouve aucune place dans l'état des concepts pénaux, en particulier, du concept « d'infraction ».

6.1. Les fonctions positives de la prévention et de la précaution.

52. Il faut rappeler la reconnaissance du principe de précaution dans le droit de l'environnement européen. Dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art.191) on fait une déclaration très importante en faveur des principes de précaution et d'action préventive.

53. Cette déclaration a donné une grande force au "précautionisme", ce qui explique son "*vis expansiva*" comme s´il s´agissait d´un principe général du droit et qu'il était indiscutable. Compte tenu de ce phénomène, on doit reconnaître que le principe de précaution a certainement un rôle d'une importance extraordinaire pour comprendre les limites du progrès de notre temps, et il est faux et injuste de le voir comme une source d'interdictions ; il doit être reconnu comme permettant de repenser la relation entre l´être humain et l'environnement.

54. Si l'on se place du côté des relation entre les citoyens des sociétés avancées et leurs dirigeants, le principe exprimera la garantie que les dirigeants publics ne prendront pas des décisions en situation d'incertitude. Malheureusement, dans de nombreux États, pour des raisons économiques et politiques qui rendent impossible le contrôle sur les ressources et sur la démocratie elle-même, il est impossible d'attendre des dirigeants le moindre respect de ce principe.

55. Examiné de cette façon, le principe de précaution se dessine comme une « règle éthique pour les dirigeants » plutôt qu'un principe juridique. C´est une règle sans doute orientée vers la conservation de l'environnement, même si elle est étendue à d'autres problèmes. Sa conséquence est parfaitement raisonnable: prendre des décisions en situation d'incertitude exige une extrême prudence et ne pas prendre des mesures sans épuiser les informations scientifiques sur ce qui pourrait arriver

7. Risque et danger dans les délits d´imprudence

56. Dans un délit d´imprudence, il se produit *dans tous les cas* une violation d'une « norme de soin, prudence ou diligence », qui vise précisément à éviter la survenance des résultats dommageables. Ces normes de prudence, de diligence, base essentielle de l'imprudence, ne sont pas inspirées du principe de précautions, *mais par l'expérience*.

57. Dans la structure du délit d´imprudence, on inclut comme élément « structurel » le *« risque toléré »*. Avec cette expression, on exprime l'acceptation sociale des risques pour les biens

juridiques comme fait consubstantiel à la vie en société. Une société sans risques n´est pas possible. Il y a des activités nuisibles qu´on considère comme *indispensables*. Par exemple: la pollution de l'air par les voitures, sans que l'on n'aie jamais soulevé la possibilité d'interdire la vente de voitures. Identiquement, les interventions chirurgicales, comportent toujours des risques.

58. À son tour, chaque société décidera les risques qu´elle accepte et le volume de ceux-ci dépendra du niveau de développement technique et économique. Les sociétés avancées exigent que les produits qui entrent dans le marché et les activités et services soient sûrs et ne créent pas de risques excessifs, supérieurs à ceux qui leur sont « inhérents ». Les sociétés moins développées devront utiliser une technologie dépassée ou mauvaise, augmentant les risques.

59. L´évolution technique, à son tour, générera des risques qui étaient avant inconnus (par exemple, les réseaux sans fil qui couvrent nos pays). Peut-être que, tôt ou tard, quelqu'un souffrira des conséquences de ces risques, "reconnus", mais personne n'y répondra.

Partant de cette idée, on affirme que dans les délits d´imprudence, *le niveau de risque tolérable est toujours dépassé*. Cette idée se vérifie à propos de chaque type de délit d´imprudence, mais on ne peut pas entrer dans l'analyse de chacun d´entre eux.

60. Mais la c´est une autre question qui intéresse ici: déterminer le rapport entre le risque toléré, accepté ou admis et le principe de précaution. Le premier et le plus évident est clair : quand on parle de risque accepté, *les conséquences possibles, sont connues*, malgré le manque de volonté de renoncer aux sources de risque. Lorsqu'on invoque le principe de précaution, en revanche, *les conséquences possibles, ne sont pas connues,* car on est dans l'« incertitude ». L'Administration peut, bien sûr, interdire des activités au nom du principe de précaution ; mais cela peut être fait sans la preuve de ce que ce genre de comportement est dangereux. La précaution n'est donc pas la raison de leur interdiction.

61. Il serait donc inexact d'affirmer que le risque autorisé ou permis est déterminé par le principe de précaution, parce que cela signifierait *une réduction du niveau de risque acceptable*, et

forcerait à criminaliser toute action, qui, selon la science, pourrait être capable de provoquer un résultat dommageable, même si, dans l´état actuel de la science, ce risque est imprévisible, alors que, justement, la *« prévisibilité d'un résultat » est un élément essentiel dans la conduite imprudente*.

8. Le principe de précaution et les délits de danger

62. Nous pouvons nous demander si le principe de précaution implique une variation dans la compréhension de ce que sont les délits de danger. La *réponse ne doit être négative* : il n´est pas possible d'exposer tous les problèmes que suscite la catégorie de « risque » dans la théorie du droit pénal. Mais il suffit de souligner que le risque est un concept qui s'oppose au danger, dans des contextes caractérisés par l'incertitude scientifique. Le danger est abstrait quand *a priori* il s´explique par un fondement scientifique solide ; et sa légitimité provient du caractère raisonnable de la situation envisagée (par exemple, les interdictions de vitesse dans les routes). Les choses se présentent différemment quand on parle de risque (sans confondre ce risque avec celui qu´on qualifie d' « accepté »). Par exemple, sur la consommation d'aliments génétiquement modifiés, il n'y a, jusqu´au présent, aucune preuve de leur dangerosité, même si l'on spécule sur ce risque. Mais, dans ces conditions, l'intervention du droit pénal, au nom du principe de précaution, serait une anticipation plus grande que celle des délits de danger abstrait.

Le risque visé dans le principe de précaution est différent du danger. Lorsque l'on décide d´agir malgré le contexte d'incertitude, on viole le principe de précaution et le sujet a décidé de prendre un risque, bien qu'il ne soit pas scientifiquement possible de représenter un résultat. Mais avec ces données uniques, il *n'est pas suffisant pour qualifier l'action comme une action dangereuse*.

63. Dans l'analyse des délits de danger, on fait une différenciation entre deux types d'infractions pénales : celles de danger « concret », le danger et la réelle possibilité de dommage devant être démontré, et les délit de danger abstrait, dans lesquels la possibilité des dommages a été évaluée par le législateur, conformément aux règles d'expérience et, par conséquence, le délit est configuré décrivant une action qu´on considère *per se* dangereuse. Dans ce deuxième groupe de délits (au moins dans la

jurisprudence espagnole et italienne) on peut éviter la punition prouvant que, dans le cas particulier, n'est pas apparue une situation réelle de danger. La différence entre les deux types de délit devient évidente : dans les délits de danger concret, on doit prouver la création effective d´une situation de danger, tandis que dans les délits de danger abstrait il y a une *inversion de la charge de la preuve.* L´accusé devra démontrer que, dans le cas concret, il n'y a eu aucun danger. Sans cette voie de défense, dans les délits de danger abstrait, la conséquence inévitable serait la « formalisation absolue de l'infraction pénal », avec la remise en cause absolue du contenu d´agression à un bien juridique, ce qui est inadmissible en droit pénal.

64. La signification de ces infractions de danger, abstrait ou concret, ne peut être comparée avec les actions qui violent le principe de précaution :

- Si une action est punissable comme "dangereuse" c´est parce qu'on sait *a priori* qu´elle peut produire des dommages
- Si une action est interdite *au nom du principe de précaution,* c'est pour des raisons de particulière prudence, mais non pas parce qu'elle est dangereuse, car c'est précisément ce qui n'est pas connu avec certitude.

65. Ainsi, les incertitudes ne peuvent pas être assimilées à l´expérience scientifique ou sociale. Si le principe de précaution devait s'appliquer comme base normative pour le délit d´imprudence, *il faudrait imposer la peine sans donner à l´accusé la possibilité de prouver qu'il n´y avait eu aucun danger*, parce que par définition, ce danger *ne serait pas la raison de l'imposition de la peine.*

66. On peut examiner la question d´une autre façon : pendant une longue période, on a exigé la démonstration qu'un produit, par exemple, pouvait être dangereux pour ordonner son retrait ou sanctionner ceux qui les distribuent. En revanche, avec le « précautionisme » il faut la démonstration de son innocuité avant de permettre sa mise sur le marché. Si cette démonstration n'est pas possible en l'état de la science, sa distribution sera aussi interdite et, par conséquent, celui qui l´a distribué sera *accusé d'avoir créé un risque, même si rien ne s´est passé*. Mais quel genre de risques sont

ceux-ci ? La réponse est simple : un risque qu´on affirme *juris et de iuris* sans admettre la preuve contraire. Évidemment cette « configuration du délit » ne peut pas être admisse dans le droit pénal. Par conséquent, le principe de précaution peut justifier des lois inspirées par une légitime prudence, *mais ne peut justifier une déclaration de culpabilité pénale*, parce que cela reviendrait à punir au nom de la « création d´un danger mais sans danger »

67. Je veux, à ce point, avancer une conclusion : la création des infractions de danger avait supposé, à son moment, une *anticipation de l'intervention du droit pénal dans la protection d´importants biens juridiques* L'interprétation de l´idée de « création de danger » selon les arguments proposés par le principe de précaution permettrait une nouvelle anticipation de l'intervention de la loi pénale et la conséquence serait, comme on l'a montré dans la doctrine espagnole, une altération du bien juridique protégé : « l'objet de protection de la loi » ne serait plus « le bien juridique », *mais le principe de précaution lui-même.*

9. Le principe de précaution et les lois pénales « incomplètes »

68. Dans certains cas, la loi pénale s'en remet à des normes de droit administratif, pour la définition des infractions. Cette technique est très usitée dans le domaine des délits contre l'environnement. Par exemple, on dit qu'est punie une émission de gaz dans l'atmosphère excédant le *maximum de composantes toxiques autorisées par un règlement administratif.*

69. Dans ce cas, il est indiscutable que la décision administrative peut avoir été prise conformément au principe de précaution, si bien que ce principe aurait une présence en droit pénal.
Mais le droit pénal ne punirait pas le fait *directement ;* seulement lorsque la preuve d'une mise en danger des biens juridiques protégés a été rapportée, parce que c´est une condition dérivée du droit pénal (la nécessité d´agression ou mise en danger d´un bien juridique) et du principe politico-criminel d'intervention minimale.

CONCLUSIONS

1. Dans les pages précédentes, j´ai fait une analyse critique de la possibilité d´accueil du principe de précaution dans le droit pénal. Mais il ne s'agit d'aucune façon de remettre en cause l'importance du principe, qui, en soi, conduit à favoriser la recherche, pour surmonter l´incertitude, entrant ouvertement dans la discussion et mesure du risque. Outre son importance pour la philosophie de la science, le principe, reconnu et proclamé dans le droit européen a une importance fondamentale pour le droit administratif de l´environnement et le droit de la santé ou le droit civil (responsabilité par le produit). Sans doute, la précaution est devenue une guide des politiques publiques, mais il est sur tout un principe général, non une véritable norme juridique.

2. On ne peut pas utiliser l´armement du droit pénal sans respecter ses principes, particulièrement celui d'e*xtrema ratio.* Les défenseurs du principe de l´extension illimitée du principe de précaution qualifient ces restrictions comme « résistance du garantisme », typique d´un dogmatisme âgé et incapable de s'adapter aux exigences de la société du risque. Cette critique est difficilement acceptable parce que la dogmatique « vieille » est construite sur le droit pénal positif et sous le toit de la Constitution.

3. Le droit criminel n'est pas un outil magique pour la résolution des conflits. L'importance du principe de précaution ne signifie pas celui de sa protection pénale, et si l'on crée des délits inspirés par ce principe, ce ne sera pas pour défendre ou protéger un bien juridique d'un danger concret ou abstrait, mais pour renforcer le principe-même.

4. L'interdiction d'activités est une décision principalement politique qui doit obéir aux dispositions de la Constitution. Mais si on décide l´interdiction d´activités de risque sans danger, il faudrait le faire sans utiliser le droit pénal

5. Dans le droit pénal espagnol, les délits contre l'environnement exigent la production d´un danger abstrait minimal. Il n'y a aucun délit composé *exclusivement par une activité non autorisée*, mais l'absence d'autorisation, que sera en tout cas une infraction administrative, peut déterminer, dans les délits contre l´environnement, *une aggravation de la peine*. Les délits de danger pour l'environnement, et c´est le plus important, ne peuvent être interprétés selon les critères du principe de précaution.

6. Il est indéniable que la société du risque n'est pas la société libérale. Les systèmes juridiques de tous les pays développés ont subi le « coup de la modernité », dont les conséquences sont visibles dans le droit pénal. L*'augmentation des crimes consistant en un comportement sans résultat* et l'acceptation

dogmatique des processus de causalité complexes pour expliquer les conséquences dommageables, surpassant clairement l'ancienne idéologie du droit pénal du résultat.

7. C'est ne pas la première fois qu'on tente de remplacer les principes du droit pénal par des principes appartenant à d'autres. Au début du XXe siècle, on prétendait imposer des raisonnements biologiques, anthropologiques, psychologiques, des critères sociologiques ou encore, des raisonnements issus du droit naturel.

8. Notre droit criminel a évolué, notamment en raison de sa soumission aux principes constitutionnels dans la configuration des catégories pénales. Dans un droit pénal ainsi formé, il n'est pas possible d'introduire des modifications impliquant une « mutation essentielle », pour l'adapter à l'idéologie de la précaution.

9. Il ne s´agit pas de traiter la science avec des critères « moralisants », mais de protéger tout ce qui, en droit pénal, est justement considéré comme une conquête pour les droits de l'Homme. Et ce serait un pas en arrière que d'ouvrir la porte à toute sorte de responsabilité pénale essentiellement objective.

BIBLIOGRAPHIE

Alcoberro, R. "*Vorsorgeprinzip. El significado del principio de precaución",* en Filosofía i pensament"http://www.alcoberro.info/tecnoetica.3.

Baño León, José Mª, "El principio de precaución en el Derecho público", en Boix Reig, Javier. Bernardi, Alessandro (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, Iustel, 2005.

Bergel, Salvador, "El principio precautorio y los riesgos en el cultivo de variedades transgénicas", en Romeo Casabona, Carlos María (Ed.), Principio de precaución, Biotecnología y Derecho, Granada, Comares, 2004.

Cortina, Adela, "Fundamentos filosóficos del principio de precaución", en Romeo Casabona, Carlos María (Ed.), Principio de precaución, Biotecnología y Derecho, Granada, Comares, 2004.

Cruz Bottini , P. "*Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos"*, Revista General de Derecho Penal, nº 7, 2007.

Doval Pais, Antonio, "Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto", en Boix Reig, Javier/Bernardi, Alessandro (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, Iustel, 2005.

Escobar Vélez, S. *El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España* - Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 75, julio-diciembre 2010, pp. 15-40, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179)

Esteve Pardo, José, La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental, Derecho del Medio Ambiente y Administración Local Fundación Democracia y Gobierno Local

García Rivas, Nicolás, "Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria", en RGDP, 2004-1, Iustel.com, 1-36.
Giunta, F., Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione,. en Criminalia, 2006.

Guanarteme Sánchez Lázaro, F. "Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial", en Revista Penal, nº 25, 2010.

Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Horel, Stephane "Intoxication. Perturbateurs endocriniens, lobbyistes et eurocrates : une bataille d'influence contre la santé », Ed. La Decouverte, 2015.

Ituren Oliver, Albert, "Riesgo, precaución y Constitución", en Boix Reig, Javier/Bernardi, Alessandro (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, Iustel, 2005, pp. 43-63.
Jaria Manzano, J., El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental

Comunicación presentada al Congreso jurídico internacional 'Globalización, riesgo y medio ambiente', Granada marzo de 2010.

Jaria Manzano, J. El constitucionalismo de la escasez. derechos, justicia y sostenibilidad. Revta. Aranzadi de derecho ambiental, nº 30, 2015.

Lloria García, Paz, "Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1º del CP", en Boix Reig, Javier/Bernardi, Alessandro (dir.), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, Iustel, 2005.
Manteca Valdelande, V. El principio de precaución en el derecho español y sus aplicaciones en el ámbito alimentario, en Distribución y Consumo **94** Septiembre-Octubre 2008

Massaro, Antonella, Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, en Diritto Penale Contemporaneo, mayo 2008.

Paredes Castañón, José Manuel, El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Madrid, Ministerio de Justicia e interior, 1995

Prieur, Michel,, « *Le principe de précaution* ». Article publie dans le B. de la Société de Législation Comparée

Quintero Olivares, G., *"Derecho Penal Ambiental"*, con col. de J.Jaria Manzano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Roets, Damien, « Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », in Rev. sc. crim. et d.p.c., 2007,

Romeo Casabona, Carlos María (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Granada, Comares, 2004, pp. 319-381.

Romeo Casabona, Carlos, "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid, UNED, 2001, pp. 77-105.
Rousseau, François, *"Principe de précaution et devoir de punir",* en Revue pénitentiaire et de droit pénal, avril, 2015.

Sadeleer, Nicolas, « *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution* » Collection Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, Paris, A.U.F., 1999.

Sadeleer, Nicolas, « Le statut du principe de précaution en droit français », Risques, décembre 2007, n° 72

Saint-Pau, J.C. *Les infractions de precaution,* Communication dispensée à l'Université de Mc Gill (Québec) le 6 mai 2014 dans le cadre d'un projet international de recherche sur le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale soutenu par le GIP droit et justice et dirigé par Mathilde Boutonnet et Jean-Christophe Saint-Pau. (Texto facilitado por el autor)
Saint-Pau, J.C., *"Les infractions de précaution »,* en Revue pénitentiaire et de droit pénal, avril, 2015.
Sanz Larruga, F.J., *"El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria",* en Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 1, 2002.
Sunstein, C.R., "*Leyes de miedo: Más allá del principio de precaución",* Katz Editores, Buenos Aires, Madrid, 2009
VVAA, *"Principio de Precaución y Derecho Punitivo del Estado"*, coord. M. Gómez Tomillo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

6. UNION EUROPÉENNE

REGARDS SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Estelle Brosset
Maître de conférences HDR,
Chaire Jean Monnet « Droit européen et santé »
Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires
(UMR DICE n° 7318) Université Aix-Marseille

« Un sujet d'une étendue immense et qui, loin de se simplifier et de s'éclaircir par la méditation, ne fait que devenir plus complexe et plus trouble à mesure que le regard s'y appuie » (Paul Valéry)[1102]

Introduction

1. **Qui ne connaît pas le principe de précaution ?** Sans doute, plus grand monde. Il faut dire que le principe de précaution est « descendu du ciel des relations internationales à la terre des droits nationaux et européens »[1103] il y a déjà longtemps. Dès les années 1980, le domaine de la pollution atmosphérique[1104] ou encore celui de la protection de la mer du Nord[1105] ont servi de terrain d'élection, puis la Déclaration de la conférence de Bergen sur le développement

[1102] Extrait de Variété, II , Gallimard, 1998

[1103] Michael GOTHE, « L'origine et le développement du principe de précaution. Aspects comparatifs et internationaux », dans *Le principe de précaution*, *Revue juridique d'Auvergne*, vol 00/1, 2000, p. 34.

[1104] À Vienne, le 22 mars 1985, la Conférence des Nations-Unis sur la protection de la couche d'ozone adopte une Convention-cadre qui demande aux États d'agir sans attendre la preuve scientifique absolue de la nocivité des activités projetées. Elle est suivie du Protocole de Montréal signé le 16 septembre 1987 et entré en vigueur le 1er janvier 1989 relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone dans lequel les Parties se disent « *déterminées à protéger la couche d'ozone en prenant des mesures de précaution (...)* » (Préambule, §6).

[1105] Seconde Conférence internationale pour la protection de la Mer du Nord, Londres, 25 novembre 1987.

durable[1106] et surtout la Déclaration de Rio du 13 juin 1992[1107] ont procuré une application quasi-générale en droit international de l'environnement au principe qui est devenu, depuis ce moment-là, un principe tout à fait célèbre. En France, avec l'entrée du principe dans la Charte constitutionnelle de l'environnement, les commentaires et analyses de ce principe[1108] se sont encore multipliés à tel point qu'il était absolument impossible d'y échapper. Finalement, tout semblait avoir été dit et d'ailleurs, sans surprise, depuis quelques temps, les analyses juridiques se faisaient plus discrètes[1109].

2. Pourtant, tout n'est pas résolu. On sait bien en effet que « le statut du principe de précaution dépend au moins autant voire plus des interprétations jurisprudentielles » que de ses consécrations, et « au sein de ces interprétations, des conditions de mise en œuvre du principe et des conséquences qui lui sont attachées »[1110]. L'un des points névralgiques de l'interprétation est relatif au concept d'incertitude scientifique. Cela est connu, « la prévention est l'affaire des experts certains de leurs savoirs. La précaution vise une autre nature de l'incertitude : l'incertitude des savoirs scientifiques eux-mêmes »[1111]. « Ainsi, n'est-il plus seulement question de prévenir des risques évaluables, calculables, assurables, mais bien d'anticiper ceux qui relèvent de l'éventualité, de la plausibilité, de la probabilité »[1112]. « En clair, le principe de prévention ne suppose, pour son application, qu'une

---

1106 Déclaration sur le développement durable en Europe, Conférence ministérielle UNECE, Bergen, Norvège, 15 novembre 1990.

1107 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janiero, 13 juin 1992. Selon le principe 15 : « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

1108 Christine NOIVILLE, *La lente maturation du principe de précaution*, Dalloz*,* 2007, p. 1515.

1109 Eric NAIM-GESBERT*,* « Le principe de précaution, pensée du plausible en droit. Méthode et raison des juges administratif français et communautaire »*, REDE* 2009, n° 2, pp. 141-150.

1110 Marguerite CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. À propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres, n° 342409 », *RFDA*, n° 5, 2013, p. 1061 et svt, p. 1082.

1111 Francis CHAUMET et François EWALD, « Autour de la précaution », dans *Risques* n° 11, 1992, p. 99 et s.

1112 Nicolas DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », (2001) n° 1-2 *CDE*, p. 92.

incertitude (la réalisation du dommage découlant du risque sciemment couru) là où le principe de précaution en exige deux (l'existence du risque et la réalisation du dommage qui y est attaché). On pourrait exprimer les choses autrement en affirmant que le principe de précaution s'applique en cas de "risque de risque" et de risque de dommage, le principe de prévention ne s'appliquant qu'en cas de risque de dommage »[1113]. Cependant, quels sont ces risques qui imposent de déclencher une attitude de précaution ? Dans quels cas considérer que ledit principe a été violé ? Les interprétations peuvent être variées et nécessitent un arbitrage qui est régulièrement le fait du juge. D'où la nécessité d'un régulier état des lieux de la jurisprudence pour « prendre des nouvelles du principe de précaution »[1114]. C'était précisément l'objectif du stimulant workshop - dont les actes sont ici publiés- d'y procéder en examinant les développements actuels du principe de précaution dans le champ de la responsabilité civile et pénale.

3. Nécessaire « regard » sur le droit de l'Union européenne. Pour faire un état des lieux complet sur le principe de précaution, nécessairement, en complément du droit français, un « regard » devait être porté sur le droit de l'Union européenne. Les caractéristiques du droit de l'Union l'imposent puisque, à la différence du droit international qui « se situe par rapport aux règles internes davantage qu'il ne s'intègre pleinement dans leur hiérarchie »[1115], il impose une primauté interne c'est-à-dire qu'il « définit lui-même les conditions de sa primauté »[1116] et s'intègre donc directement dans l'ordre juridique français. Dans le cas du principe de précaution, le regard est d'autant plus impératif que le droit de l'Union est reconnu comme ayant activement participé à sa diffusion, à sa « dissémination »[1117] dans les droits nationaux et ce faisant à la « pacification » des controverses doctrinales au sujet de son statut[1118]. Prendre des nouvelles du principe de précaution du côté du droit de l'Union était donc

---

[1113] Marguerite CANEDO-PARIS, préc., note 9.

[1114] *Id.* Voir le dossier spécial sur la Charte de l'environnement, ci-après AJDA, 2015, 16-03-2015, n° 9, pp. 487 et s.

[1115] Serge SUR et Jean COMBACAU, *Droit international public,* Paris, Montchrestien, 1997, p. 198.

[1116] Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », dans *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles,* Paris, Pedone, 2000, p. 240.

[1117] Gilles MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *Recueil Dalloz,* 1995, 39e cahier-chronique, pp. 299-306.

[1118] Nicolas DE SADELEER, « Le principe de précaution, du slogan à la règle de droit », (2000) n° 77 *Droit de l'environnement*, pp. 14-15.

essentielle y compris si, par ailleurs, l'influence du droit de l'Union en matière de responsabilité civile et pénale est limitée.

4. Influence limitée du droit de l'Union européenne sur les régimes de responsabilité civile et pénale. Sans être nulle, l'influence du droit de l'Union est en effet, à propos de la responsabilité, très ponctuelle[1119]. Et pour cause, il n'y a pas d'harmonisation d'ensemble des régimes de responsabilité civile et pénale. Les réflexions ont été nombreuses et par exemple, la publication des Principes du droit européen de la responsabilité civile[1120], fruit d'un travail de recherche entrepris par le European Group of Tort Law (également connu sous le nom de Groupe de Tilburg) a été une pierre importante. Mais pour l'heure, l'essai n'a pas été transformé. Certes, s'il n'y a pas d'harmonisation d'ensemble, le droit de l'Union a procédé toutefois à quelques harmonisations ponctuelles et la directive 85/374 du 25 juillet 1985[1121] en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux[1122] ou encore la directive 2008/99 du 19 novembre 2008 sur la protection de l'environnement par le droit pénal[1123] suffisent à en attester. Toutefois, ces textes présentent tous, des limites qui proviennent soit de la faiblesse de l'harmonisation soit du caractère restrictif des conditions de l'engagement de la responsabilité qu'ils prévoient. Pour le premier cas, on pense à la directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal qui se limite à énoncer les infractions graves à l'environnement, mais ne détermine pas, au-delà du principe de la sanction pénale, le niveau ou le type de sanctions exigeant seulement qu'elles soient « effectives, proportionnées et dissuasives » ce qui n'est guère intrusif dans les systèmes nationaux de responsabilité. De la même façon, la directive sur la responsabilité environnementale « s'inscrit davantage dans le sillage de

---

1119 Stéphanie FRANCQ, « L'influence du droit européen sur la réparation du dommage, "*Incertitude et réparation*" », *Cycle Risques, assurances, responsabilités*, Cour de Cassation, 2005 disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2005_2033/europeen_reparation_8066.html

1120 Olivier MORETEAU (dir.), *European Groupe on Tort Law- Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation de droit comparé, Collection « Droit privé comparé et européen », Paris, Volume 11, 2011.

1121 JO n° L 210 du 7.8.1995

1122 JO n° L 143 du 30.04.2004

1123 JO n° L 328 du 6.12.2008

l'harmonisation des pouvoirs de police des autorités administratives que d'une redéfinition des régimes de responsabilité civile »[1124]. Pour le second cas, on pense évidemment à la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux qui, certes a procédé à une harmonisation exhaustive[1125] et ambitieuse[1126], mais prévoit de nombreuses clauses exonératoires, notamment l'exonération pour risque de développement[1127], qui réduisent *de facto* les hypothèses d'engagement de la responsabilité. S'y ajoutent d'ailleurs les limites du champ d'application même de la directive qui s'applique au producteur (ou au fournisseur) d'un produit défectueux mais n'intègre pas les prestataires de services de santé (établissements de santé, médecins) [1128] pour lesquels le recours à des régimes nationaux de responsabilité reste valide.

5. Rareté des contentieux de la responsabilité devant le juge de l'Union. À cette influence limitée sur les régimes de responsabilité civile et pénale, s'ajoute le rareté des contentieux de la responsabilité de l'Union elle-même devant le juge de l'Union[1129] qui ne sont, en outre, lorsqu'ils ont lieu, guère favorables au principe de précaution. L'explication se trouve sans aucun doute dans les conditions de l'engagement de ladite responsabilité telles que fixées par la jurisprudence. Sans entrer

---

1124 Nicolas DE SADELEER, « La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit des États Membres », dans G. VINEY et B. DUBUISSON, *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 732.

1125 CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. Grèce*, aff. C- 154/00, *Rec.* p. I-03879, pt. 20.

1126 La directive met en effet en place un régime de responsabilité objective basée sur une obligation de sécurité qui pèse sur le fabricant.

1127 Article 7-e), Directive 95/374/CEE transposé par l'article 1386-11, 4. C. Civ issu de l'article 12 §4 de la loi.

1128 CJUE, 21 décembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c/ Thomas Dutrueux, CPAM du Jura*, aff. C-495/10, non encore publié. M. Dutrueux, avait été victime, au cours d'une intervention chirurgicale au CHU de Besançon, de brûlures causées par un défaut du système de régulation de la température du matelas chauffant sur lequel il se trouvait installé. Condamné à réparer le dommage occasionné, le CHU avait fait appel, rejeté et donc s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'État. À l'appui de ce pourvoi, le CHU de Besançon soutenait que la directive 85/374 avait été méconnu puisqu'au titre de cette directive, seul le producteur du matelas devait être tenu pour responsable. La Cour donne en partie raison au CHU en considérant que la directive ne va pas au-delà et par exemple n'intègre pas les prestataires de services, ici l'établissement de santé, qui utilisent, dans ce cadre, des appareils ou des produits défectueux.

1129 Le traité prévoit, ce qui est tout à fait normal eu égard à l'objectif de l'Union de droit, à l'article 340 TFUE que « l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

dans les détails, on peut se contenter de rappeler que, en l'état actuel des choses, ces conditions sont au nombre de trois : il faut que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation et le dommage subi par les personnes lésées[1130]. La responsabilité dans l'Union est donc uniquement une responsabilité pour faute. Et la faute dont il est ici question est celle de la violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union c'est-à-dire d'une faute grossière ce qui n'est évidemment pas facile à démontrer, surtout dans un contexte d'incertitude scientifique. À cette difficulté s'ajoute celle reliée à l'exigence de prouver une méconnaissance d'une règle de droit conférant des droits aux particuliers[1131] ainsi que celle reliée à la preuve, dans le délai de prescription de cinq ans[1132], du lien de causalité entre cette illégalité et les dommages occasionnés. Un exemple atteste de cette difficulté à activer le recours en responsabilité. Le Tribunal avait été saisi[1133] de deux recours en responsabilité

1130 Voir arrêts du 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission,* C-352/98 P, *Rec*. p. I-5291, pts 41 et 42; du 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland)/Commission,* C-282/05 P, *Rec.* p. I-2941, pt 47, ainsi que du 9 septembre 2008, *FIAMM e.a./Conseil et Commission,* C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.* p. I-6513, pts 172 et 173.

1131 Voir sur ce point : Trib., 3 mars 2010, *Artegodan,* aff. T-429/05, *Rec.* 2010 II- 00491 et CJUE, 19 avril 2012, *Artegodan*, aff. C-221/10 non encore publié au *Rec.* La société Artegodan avait saisi la Cour d'une demande tendant à être indemnisée du préjudice qu'elle aurait subi du fait de la décision litigieuse (pour incompétence) de la Commission consistant au retrait du marché de son médicament. Le Tribunal avait rejeté le recours, en considérant que les règles de compétence n'ont pas pour objet de conférer des droits aux particuliers et que donc leur violation ne peut engager la responsabilité des institutions. La Cour va toutefois conclure que le Tribunal a commis une erreur de droit en ce que ladite disposition régit non seulement la répartition des compétences entre les institutions, mais contient également des dispositions matérielles (elle énonce les conditions matérielles de la suspension et du retrait d'une AMM d'un médicament) et est donc susceptible d'engager la responsabilité, même si au final, elle conclut également par la négative faute de violation « suffisamment caractérisée » de ladite règle.

1132 Le juge admet toutefois que le délai ne pourra commencer à courir avant que la victime ne puisse prendre connaissance de façon certaine du fait générateur du dommage, par exemple, il n'y a pas lieu d'opposer aux requérants, comme point de départ de la prescription de leur action, le moment de l'apparition des premiers symptômes cliniques caractéristiques de la maladie subie par leurs proches, mais le décès consécutif à la maladie car « *avant la mort des victimes, partant, ces préjudices ne sauraient être considérés comme ayant été pleinement concrétisés* » (Pt 50, Trib. UE, 13 décembre 2006, *É. R., O. O., J. R., A. R., B. P. R. et autres contre Conseil et Commission*, Affaire T-138/03, Rec. 2006 II-04923). En revanche, le délai ne peut commencer à courir postérieurement, au motif que « *l'identité de l'agent pathogène* » (ici l'ESB) n'ait été connue avec un niveau de certitude raisonnable.

1133 Trib. UE, 13 décembre 2006, É. R., O. O., J. R., A. R., B. P. R. et autres contre Conseil et Commission, Affaire T-138/03, Rec. 2006 II-04923 et Julia Abad Pérez et autres contre Conseil et Commission, Affaire T-304/01, Rec, II p. 4857.

extracontractuelle de la Communauté mettant en cause le Conseil et la Commission pour leur prétendue mauvaise gestion de la crise de la vache folle, mauvaise gestion qui, selon les requérants individuels, aurait, dans un cas, provoqué des préjudices économiques et moraux très importants, dans l'autre la contamination puis le décès des proches des requérants. Or, dans deux arrêts en date du 13 septembre 2006, le Tribunal a conclu au rejet des recours ainsi entrepris pour défaut de lien de causalité. S'il est établi que les proches des requérants sont bien décédés suite à une consommation de viande de bovins infectés par l'ESB, il n'en relève pas moins que cette maladie se caractérise par sa longue période d'incubation, susceptible de varier entre quelques années et plus de vingt-cinq ans. La contamination ayant donc pu se produire bien avant l'interdiction communautaire, il ne peut donc être établi que le prétendu retard du Conseil et de la Commission se trouve nécessairement et directement à l'origine des préjudices invoqués. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant de constater que les affaires sur la précaution devant le juge de l'Union s'inscrivent pour la plupart dans une logique de contrôle ou d' « aide » par la voie préjudicielle au contrôle de la légalité de mesures communautaires ou nationales (d'inscription de substances sur des listes de substances dangereuses, de décisions de refus/retrait d'autorisation de mise sur le marché de médicaments, d'interdiction d'importation ou commercialisation de certaines denrées alimentaires…). Remarquons en plus que, sauf de rares exceptions, les contentieux- de légalité- ont été des contentieux de l'excessive précaution et beaucoup plus rarement de l'insuffisante précaution, d'ailleurs encore plus rarement prononcée[1134].

6. Contraste du droit de l'Union européenne à propos du principe de précaution. Si l'on revient à l'objectif initial, celui d'examiner en général le statut du principe de précaution en droit de l'Union, en particulier dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, rapidement, un contraste apparaît. D'un premier point de vue, le droit de l'Union est souvent cité, et à raison, comme ayant joué un rôle tout à fait structurant à propos de ce « principe en quête de méthodologie »[1135]. Le juge de l'Union a en effet en la matière rempli un office de « co-déterminateur »[1136] ajoutant aux énoncés

---

1134 À notre connaissance, la violation du principe de précaution n'a été prononcée qu'une seule fois (CJCE, 20 mars 2003, *Danemark c/ Commission,* aff. C-3/00, *Rec.* 2003 I-02643) et en plus, dans un contexte très particulier (refus de la Commission d'autoriser le maintien de mesures nationales plus strictes- en matière d'emploi des sulfites, des nitrites et des nitrates comme additifs alimentaires- qu'une directive d'harmonisation).

1135 Véronique MANSUY, *Environnement*, n°6, juin 2004, étude 11.

1136 Gérard TIMSIT, *Les Figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, p. 164.

écrits et dégageant les conditions d'application du principe. On pourrait s'arrêter là et se glorifier de la clarté du droit de l'Union qui a arrimé solidement le principe au bloc de légalité et en a défini les contours principaux. Il nous paraît toutefois que la réalité est infiniment plus nuancée et que le droit de l'Union n'échappe pas, ce qui est logique, aux multiples et vivaces interrogations à propos du principe de précaution. Tout au contraire, le droit de l'Union en ajoute. Et pour cause, outre les non-dits, en particulier sur le statut exact du principe en droit de l'Union, s'ajoutent, à l'examen, des flous à propos de ses conditions d'application. Bref, le regard sur le droit de l'Union à propos du principe de précaution peut être tout à la fois (r)assuré (I) et troublé (II).

I. Un regard (r)assuré : le droit de l'Union, facteur de structuration du principe de précaution

7. La relation qui unit le principe de précaution au droit de l'Union est étroite et ancienne. Très tôt, le traité y a fait référence et encore plus précocement, la Cour en avait admis la logique, puis avait élargi son champ d'application lui conférant la généralité nécessaire à la qualification de principe. Le droit de l'Union a d'ailleurs joué un rôle structurant non seulement en consacrant le principe sous la forme d'un principe général contraignant (A), mais également en formalisant, avec un haut degré de précision, une méthodologie d'application dudit principe (B).

A. La consécration du principe de précaution comme un principe général en droit de l'Union

8. Peut-être considéré comme un principe de droit de l'Union, un principe qui appartient au bloc de la légalité de l'Union (1) et qui est, en outre, d'application générale (2). C'est le cas du principe de précaution.

1- L'appartenance du principe de précaution au bloc de légalité

9. Il ne fait guère de doute que le principe de précaution appartient au bloc de légalité de l'Union. Et pour cause, son appartenance est ancienne et multiforme. Le principe de précaution a en effet d'abord pris la forme d'un principe général d'interprétation utilisé par la Cour avant de devenir une

obligation de droit primaire mais également une obligation, dans certains domaines, de droit dérivé. Le principe est donc, sous ces trois formes, une norme de référence du contrôle de légalité des mesures communautaires et des mesures nationales. D'ailleurs « cet étagement dans la hiérarchie des normes donne aux requérants l'embarras du choix mais offre au juge une occasion d'étendre les éléments du contrôle de légalité »[1137].

10. « Contrairement à une idée reçue, le principe de précaution est d'abord apparu dans la jurisprudence avant d'être codifié dans les textes de droit communautaire. Bien avant sa consécration dans (…) (le) traité de Maastricht, la Cour de justice en avait en effet dessiné les contours normatifs »[1138]. En droit de l'Union, de manière très différente du droit international public[1139], le principe de précaution a en effet fait l'objet, bien avant sa consécration textuelle, d'une admission préalable et implicite par la jurisprudence communautaire. On en trouve les premières traces dans la jurisprudence relative aux entraves étatiques aux grandes libertés du traité. Cela est connu, en creux des interdictions d'entraver une série de liberté, le traité prévoit la possibilité pour les États de justifier de telles entraves pour protéger la santé et la vie des personnes. La Cour rappelle d'ailleurs de façon constante que « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et intérêt protégés par le traité et qu'il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint »[1140]. Il était logique que, dans ce contexte, le juge soit rapidement confronté à des hypothèses de risques incertains pour la santé. Il était également logique, eu égard à son affirmation rituelle du nécessaire de la libre détermination par les États de leur propre niveau de protection de la santé, que soit reconnue aux États la possibilité de les prévenir sauf à supprimer cette liberté. C'est ce qui s'est effectivement produit. Les États doivent

---

1137 Laurent FONBAUSTIER, « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », Dalloz, 2007, p. 1523.

1138 Alberto ALEMANNO, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », Dalloz, 2007, p. 1527.

1139 Voir pour une étude récente : Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Yann KERBRAT, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », dans Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE et Jorge E. VINUALES, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 929-948.

1140 Parmi plusieurs exemples : CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. jtes. C-171 et C-172/07, *Rec.* p. I-4171, pts. 18-19.

toujours avoir le droit de décider du niveau approprié de protection de la santé, particulièrement, admet-elle, y compris dans les contextes d'incertitude scientifique[1141]. La Cour l'a notamment admis à propos de certaines substances, telles les vitamines qui ne sont pas nocives par elles-mêmes, mais qui peuvent produire des effets nuisibles particuliers dans le cas de leur consommation excessive avec l'ensemble de la nourriture[1142]. La Cour a retenu la même position en cas d'incertitude portant non pas sur les effets de la substance mais sur l'existence même d'un risque, plus exactement sur le seuil critique à partir duquel l'exposition à une substance chimique constitue un risque pour la santé humaine. L'arrêt Toolex Alpha est bien connu puisque dans cette affaire la Cour a validé une réglementation nationale interdisant l'utilisation du trichloréthylène à des fins professionnelles « en raison de la dangerosité de ce produit » et ce alors même que des incertitudes scientifiques subsistaient concernant le seuil critique à partir duquel l'exposition à la substance constituait un « risque sérieux pour la santé humaine »[1143]. Le juge reconnaît même, qu'en contexte d'incertitude scientifique, est légitime une politique « de tolérance zéro » à l'égard des risques potentiels pour la santé humaine[1144].

11. Conjointement, le principe a gagné toute la jurisprudence y compris celle relative au contrôle de légalité des mesures prises par les institutions de l'Union, et ce même si pendant un temps, le terme même n'a pas été prononcé. Dans l'arrêt Fedesa[1145], la Cour a validé le choix des institutions communautaires d'interdire l'utilisation de certaines substances à effet hormonal par les éleveurs alors même qu'aucune donnée scientifique certaine sur les dangers occasionnés par ces substances n'était disponible. Elle a également considéré que « l'absence ou le caractère non concluant des avis scientifiques ne doit pas empêcher le Conseil d'adopter les mesures qu'il juge indispensables pour

---

1141 Voir, en ce sens, arrêts du 14 juillet 1983, *Sandoz,* 174/82, *Rec.* p. 2445, pt 16; du 13 décembre 1990, *Bellon,* C-42/90, Rec. p. I-4863, pt 11; du 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, C-192/01, *Rec*. p. I-9693, pt 42 et du 5 février 2004, *Commission/France,* C-24/00, *Rec.* p. I-1277, pt 49.

1142 Voir les arrêts *Sandoz*, préc., note 40, pts 16-17; *Commission/Danemark*, préc., note 40, pts 42-43.

1143 CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*, aff. C-473/98, *Rec.* p. I-5681, pt 45.

1144 TPICE 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals c/Conseil*, aff. T-392/02, *Rec.* 2003, p. II-1825, pts 97 et 150 (à propos des risques liés à l'additif nifursol pour l'alimentation des animaux). Voir aussi CJCE 24 octobre 2002, *Hahn*, aff. C-121/00, *Rec.* 2002, p. I-9193, pt 133. La Cour a, jugé, que *« les articles 28 CE et 30 CE ne s'opposent [pas] à l'application de règles nationales établissant une tolérance égale à zéro quant à la présence de la listeria monocytogenes dans des produits à base de poisson non conservés par un procédé chimique* ».

1145 CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa et e. a.,* aff. C-331/88, *Rec.* 1990 p. I-04023.

réaliser les objectifs de la politique commune de pêche »[1146]. Elle a aussi jugé que l'incertitude sur les risques suspectés de transmission de l'ESB à l'homme n'empêchait pas l'adoption d'une interdiction provisoire d'exportation de tout bovin, toute viande bovine et produit dérivé du territoire du Royaume-Uni vers les autres États membre puisque « l'existence de risque ne peut être exclue »[1147]. Sans prononcer le mot, la Cour considère qu'« il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à 1'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrés »[1148]. Plus tard, le mot a été finalement employé et sa signification précisée, le principe « imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées afin de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques »[1149].

12. Entre temps, le principe de précaution est devenu une obligation de droit primaire et de droit dérivé. Depuis le Traité sur l'Union en 1992, il a en effet été inséré dans le corps même du droit primaire à l'article 191 § 2 TFUE qui prévoit que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement (…) est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ». Donc depuis cette date, le principe a le statut de principe constitutionnel tout au moins dans le domaine de la politique de l'Union en matière d'environnement. En application de cet article, plusieurs textes adoptés par les institutions expriment et imposent le principe[1150] sous la forme d'obligations du droit dérivé. Ainsi, certaines interdictions ou moratoires en matière de conservation de la nature ou des espèces[1151] ou

1146 CJCE, 24 novembre 1993, *Armand Mondiet S.A.,* affaire C-405/92, *Rec.* p.I. 6097.

1147 Décision de la Commission n° 96/239/CE, du 27 mars 1996 relative à certaines mesures d'urgence en matière de protection contre l'encéphalopathie spongiforme bovine, JOCE n° L 078 du 28/03/1996 pp. 47-48.

1148 CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c./ Commission, Rec*. 1998 I-2265.

1149 TIPCE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et autres contre Commission,* aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec*. p. II-04945, pt 184 confirmé par TIPCE, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission,* aff. T-147/00, *Rec.* 2003 II-00085, pt 52.

1150 Philippe ICARD, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », 38 (3) *RTDE,* juillet-septembre 2002, p. 477.

1151 Voir la directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JOCE n° L 206 du 22/07/1992, pp. 7-50.

concernant les gaz destructeurs de la couche d'ozone[1152] ou encore concernant l'utilisation des filets dérivants[1153] dans un contexte d'incertitude scientifique ont été assurément justifiées par l'approche de précaution. Certaines restrictions d'utilisation le sont également. Par exemple, dans la directive 2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement[1154], il est bien précisé qu'« il a été tenu compte du principe (…) lors de la rédaction de la présente directive et il devra en être tenu compte lors de sa mise en œuvre »[1155] et il est plus loin prévu que « les États membres veillent, conformément au principe de précaution, à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'éviter les effets négatifs sur la santé humaine et l'environnement (…) »[1156]. Il faut toutefois prendre soin de bien vérifier la transcription du principe de précaution dans le droit dérivé car parfois, des différences, même subtiles, de libellés ne sont pas anodines. C'est le cas, par exemple, dans le droit dérivé de l'Union relatif aux organismes génétiquement modifiés entre l'article 23 de la directive 2001/18 et l'article 34 du règlement n° 1829/2003 du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés[1157] qui, tous deux, prévoient des mesures de sauvegarde que peuvent prendre les États pour suspendre les autorisations de mise sur le marché d'un OGM. Selon l'article 23 de la directive, les États membres peuvent adopter des mesures d'urgence s'ils ont, sur la base d'informations nouvelles, « des raisons précises de considérer qu'un OGM (…) présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement ». De son côté, l'article 34 du règlement limite en revanche l'adoption de mesures similaires aux cas dans lesquels un OGM « est, de toute évidence, susceptible de présenter un risque grave pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement ». Alors que la directive exige qu'un État membre ait des « raisons précises » de considérer qu'il existe un risque, le règlement exige qu'un risque « grave » existe « de toute évidence

---

1152 Voir la directive 70/220/CEE du 20 mars 1970 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux mesures à prendre contre la pollution de l'air par les gaz provenant des moteurs équipant les véhicules à moteur, JOCE n° L 76 du 6/04/1970, pp. 1-22.

1153 Voir notamment le règlement n° 345/92/CEE du Conseil du 27 janvier 1992 prévoyant certaines mesures techniques de conservation des ressources de pêche, JOCE n° L 042 du 18/02/1992, pp. 15-23.

1154 JOUE n° L 106 du 17. 4. 2001.

1155 Considérant 8 de la directive. Voir aussi l'article 1er, Directive 2001/18/CE qui souligne que « conformément au principe de précaution, la présente directive vise à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres et à protéger la santé humaine et l'environnement ».

1156 Article 4 paragraphe 1, Directive 2001/18/CE.

1157 JOCE n° L 268 du 18.10.2003.

»[1158] ce qui renvoie à une version plus « édulcorée » du principe de précaution. Même si l'on peut considérer que, par l'interprétation, ces différences lexicales pourraient être réduites[1159], celles-ci ne sont en tous les cas parfois pas négligeables.

2- La généralité du principe

13. Contraignante, l'approche de précaution constituait-elle un principe en droit de l'Union doté d'une portée générale dans son application ? *A priori*, la généralité d'application du principe pouvait interroger à la lecture du traité. Rappelons que l'article du traité évoque le principe uniquement à propos de la politique de l'environnement ce qui correspond à un champ d'application plutôt comprimé. Et depuis 1992, hormis le cas de cette politique, le principe de précaution n'a pas essaimé ailleurs. Par exemple, aucune référence ne se trouve à l'article 168 TFUE relatif à la politique de l'Union en matière de santé, ni d'ailleurs dans la Charte des droits fondamentaux, y compris dans l'article 37 pourtant relatif à l'environnement. Certes, on pressentait que l'existence du principe général dit d'intégration[1160] ne pouvait rester sans influence sur le champ d'application du principe de précaution. On pouvait en effet supposer que les instruments adoptés sur des bases juridiques connexes et la jurisprudence en la matière devaient se fonder sur le principe de précaution. Mais encore fallait-il le concrétiser. C'est à la Cour que revient le mérite de l'avoir fait. Outre la clarté de l'énoncé de la Cour, l'arrêt « Vache folle » est également resté dans les annales parce que la Cour a admis que le principe de précaution pouvait fonder « une mise entre parenthèse des principes juridiques structurant le marché unique »[1161] bien au-delà du champ de l'environnement, ici en matière de protection de la santé. D'autres affaires, par exemple

---

1158 Conclusions de l'Avocat général P. MENGOZZI présentées le 22 mars 2011, Affaires jointes C-58/10 à C-68/10, *Monsanto SAS et autres,* pt 60.

1159 *Id.* « Nous estimons toutefois qu'il ne faut pas surestimer ces différences et que, au-delà des différences lexicales, les conditions du recours aux deux types de mesures peuvent être considérées comme largement semblables (...) le principe de précaution, dont les clauses de sauvegarde comme l'article 23 de la directive et l'article 34 du règlement sont une expression constitue un élément qui contribue de façon décisive à uniformiser les conditions prescrites par la directive et par le règlement » (pts 62 et 63).

1160 Article 11 TFUE : « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

1161 P. ICARD, préc., note 49, p. 471.

l'affaire Bergarderm[1162] ou encore l'affaire Alpharma[1163], ont permis par la suite de confirmer l'application du principe de précaution aux risques de santé publique. Au même moment, la Commission a enfoncé le clou et défini le principe de précaution comme « un principe d'application générale qui doit être notamment pris en compte dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé humaine, animale ou végétale »[1164].

14. S'agissant des autorités concernées par le principe, là encore la question pouvait se poser car le traité n'oblige *stricto sensu* que les institutions de l'Union à respecter le principe, en leur imposant de « fonder »[1165] la politique communautaire en matière d'environnement sur ce principe. Cependant, le principe de précaution est, on l'a dit, depuis déjà longtemps, un paramètre de contrôle de la Cour à l'égard des mesures nationales dérogatoires à une liberté. Qu'il soit « subsumé »[1166] dans les classiques paramètres de contrôle (par exemple celui de la proportionnalité de la mesure nationale), ou qu'il soit ajouté sous la forme d'un principe général du droit, le principe de précaution s'impose donc également, dans la jurisprudence, aux États membres dans le champ d'application du droit de l'Union. Ajoutons que, en application du traité, on l'a déjà dit, les institutions ont adopté des actes de droit dérivé imposant

---

1162 TPICE, 16 juillet 1998, *Bergaderm c. Commission*, T-199/96, *Rec.* 1998 II-2805. En l'espèce, la société Bergaderm contestait la limitation imposée par la Commission de la concentration maximale admissible d'une substance, le bergasol, utilisée dans la préparation des produits cosmétiques, suivant en cela l'avis du comité scientifique de cosmétologie sur la nocivité de cette substance, potentiellement cancérigène, formulé sur la base d'une multitude de réunions, de visites et d'études d'experts. Le Tribunal souligne que, en faisant référence à l'arrêt National Farmers' Union, « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence et à la portée de risques pour la santé des consommateurs, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées » (§ 66). La Cour (CJCE, 4 juillet 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-352/98, *Rec.* 2000 page I-05291, § 54) a confirmé le jugement du tribunal sans se prononcer sur la référence au principe de précaution qui, selon elle, est une « motivation surabondante » dans ce cas.

1163 TPI, 11 septembre 2002, *Alpharma Inc. contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-70/99, *Rec.* p. II-03495.

1164 Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, 2 févr. 2000, COM (2000) 1 final, p. 9.

1165 Cette formulation a d'ailleurs suscité un débat car elle pouvait en faire un principe d'action politique plus qu'un véritable principe normatif, une règle d'application immédiate. Néanmoins, l'emploi de l'indicatif et non du conditionnel confirme bien qu'il s'agit d'une obligation et la Cour ne l'a pas conçu autrement.

1166 Brunessen BERTRAND, « Que restent-ils des exigences impératives d'intérêt général », *Europe,* janvier 2012, chron. 1, p. 7

la précaution. Or, ces actes ont pour destinataires précisément les États membres[1167]. Les États membres sont donc contraints à une approche de précaution médiatement par le biais de l'obligatoire application desdites règles de droit dérivé. La Cour elle-même l'a bien souligné, par exemple lorsque, interrogée à propos de la directive OGM, elle a expliqué que le principe de précaution trouvait dans le système de la directive « une expression suffisante »[1168] et en a conclu que, pour cette raison, « l'autorité compétente qui a transmis la demande, avec avis favorable, à la Commission, est tenue de délivrer le consentement écrit permettant la mise sur le marché du produit »[1169] si une décision d'autorisation a été prise au plan communautaire[1170].

B. La formalisation des conditions d'application du principe

15. En plus d'avoir transformé la précaution en principe contraignant, le propre de la jurisprudence de l'Union est d'avoir également joué un rôle dans la formalisation des conditions d'application du principe qui, *ab initio*, n'étaient pas évoqué par le traité absolument muet sur ce point. Ce silence terminologique – au demeurant fréquent dans le droit primaire- ne constituait d'ailleurs pas nécessairement un inconvénient pour la mise en œuvre du principe, favorisant la liberté d'interprétation

---

1167 Remarquons que, par le biais des obligations de droit dérivé, au-delà des États, les entreprises privées se voient également soumises à des obligations proches du principe de précaution. Les régulières obligations dans le droit dérivé d'évaluation des risques pesant sur les entreprises, en préalable de la mise sur le marché, attestent bien que les destinataires du principe ne sont pas seulement les autorités publiques. Toutefois, on pourrait là considérer que les entreprises privées appliquent là simplement les règles édictées par les autorités publiques, sauf que dans certains textes, les obligations paraissent moins médiates. « Dans certains textes, en effet, on voit apparaître un « responsable » qui, sans recouvrir exactement la notion de droit de la responsabilité, est chargé de la bonne gestion des risques. Or, ce personnage est tenu à une série d'obligations proches du principe de précaution »; Marie-Angèle HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *Dalloz,* 2007, p. 1518.

1168 CJCE, 21 mars 2000, *Greenpeace France c/ Ministère de l'Agriculture*, aff. C-6/99, *Rec.* p. I-1651, pt 40.

1169 *Id.,* pt 47.

1170 La compétence de l'État, au stade de cette étape (délivrer un consentement final au notifiant), est donc liée. L'objet de la procédure prévue et notamment de la double phase nationale et communautaire, « étant précisément de mettre en œuvre le principe de précaution, il ne paraît pas envisageable de reconnaître à l'État la possibilité de s'exprimer une deuxième fois pour les compléter ou y déroger »; Patrick THIEFFRY, « Le contentieux naissant des OGM : précaution et mesures de sauvegarde », 35 (1) *RTDE,* janv.-mars 1999, pp. 92-93.

à son propos[1171]. Quoiqu'il en soit, on doit à la Cour et à sa jurisprudence d'avoir précisé les conditions de déclenchement de la précaution. Certes, un effort de systématisation avait été aussi engagé au niveau institutionnel avec la Communication de la Commission[1172]. Mais, une telle systématisation n'était en rien contraignante[1173] ; en plus, les éléments dans la jurisprudence ont souvent été plus détaillées. La jurisprudence est dense, hautement technique et il s'agit ici de la synthétiser bien plus que d'en faire une analyse exhaustive. Surtout qu'elle est bien connue[1174] et donc on ira d'une façon synthétique. Au sein de ce « guide du bon usage du principe de précaution »[1175], deux conditions surnagent et contiennent les autres. La première est l'identification, par l'évaluation, d'un risque plausible ; la seconde est la séparation entre évaluation et gestion des risques.

1- L'évaluation détaillée d'un risque « plausible »

[1171] Par exemple, dans une grande majorité de textes est évoquée une condition relative aux dommages graves ou irréversibles dans la déclaration de Rio, graves et irréversibles dans la Charte française de l'environnement. Or, le maniement de ces deux concepts apparaît périlleux. En effet, comment peut-on anticiper sa gravité ou encore son irréversibilité ou le caractère collectif d'un dommage alors que seuls des soupçons pèsent sur sa réalisation ? Le droit de l'Union, en n'évoquant pas cette condition d'un dommage d'un certain type, laisse *a priori* une ouverture plus grande à l'application du principe.

[1172] Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, 2 févr. 2000, COM (2000) 1 final, pt. 2 : « La communication cherche à établir un accord sur les facteurs qui déclenchent le recours au principe de précaution et sur la place qu'occupe ce dernier dans le cadre de la prise de décision, ainsi qu'à énoncer des orientations pour l'application de ce principe, fondées sur des principes raisonnés et cohérents ».

[1173] Si l'on ne saurait contester la validité d'un règlement ou d'une directive par rapport à la Communication, le juge admet que, « par sa publication, la Commission visait à informer toutes les parties intéressées non seulement sur la manière dont la Commission entendait appliquer le principe de précaution dans sa pratique future, mais aussi sur la façon dont elle l'applique déjà à ce moment-là » (TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-03305*,* spéc. Pt. 137).

[1174] Voir notamment l'étude très complète de Christine NOIVILLE, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution » dans Eve TRUILHE-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux,* la Documentation française, 2011, p. 51, à la page 99.

[1175] Anne RIGAUX, « Du bon usage par un État du principe de précaution dans la justification des mesures qui entravent les échanges », (mars 2010) n° 3 *Europe,* comm. 108.

16. La première précision à propos du principe de précaution, c'est très clairement l'obligatoire évaluation des risques. Le juge, rejoint d'ailleurs par la Commission européenne[1176], souligne à l'envie, au fil de sa jurisprudence, combien l'évaluation est « un préalable »[1177] à l'adoption d'une mesure de précaution et combien celle-ci doit être détaillée et « aussi exhaustive que possible »[1178]. Par exemple, dans le cadre d'un litige opposant la Commission européenne au Danemark au sujet d'une pratique danoise consistant à subordonner la commercialisation de denrées alimentaires enrichies en vitamines et en minéraux en provenance d'autres États membres à la preuve d'un besoin nutritionnel dans la population danoise, la Cour a exigé « une évaluation approfondie, cas par cas, des effets que pourrait entraîner l'adjonction des minéraux et des vitamines en cause »[1179]. En l'espèce, elle a considéré que ne satisfait pas à cette exigence l'avis qui se borne à évoquer « de manière vague ce risque général d'apport excessif, sans préciser les vitamines concernées, le degré de dépassement desdites limites ou les risques encourus en raison de tels dépassements »[1180]. Le juge exige aussi naturellement que l'évaluation des risques pratiquée soit de qualité, c'est-à-dire conforme aux principes de rigueur

---

1176 Dans sa communication, la Commission prévoit aussi que la mise en œuvre du principe de précaution devra commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible composée de quatre éléments, 'l'identification du danger' (qui consiste à déceler les agents biologiques, chimiques ou physiques susceptibles d'avoir des effets défavorables), 'la caractérisation du danger' (qui consiste à déterminer, en termes quantitatifs et/ou qualitatifs, la nature et la gravité des effets défavorables liés aux agents ou à l'activité en cause), 'l'évaluation de l'exposition' (qui consiste en une évaluation quantitative ou qualitative de la probabilité d'exposition à l'agent étudié) et la 'caractérisation du risque' (qui correspond à l'estimation qualitative et/ou quantitative tenant compte des incertitudes inhérentes à cet exercice, de la probabilité, de la fréquence et de la gravité des effets défavorables, potentiels ou connus, susceptibles de se produire pour l'environnement ou la santé).

1177 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., pt. 155. Voir aussi CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark,* aff. C-192/01, préc., pt. 49.

1178 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., pt. 165.

1179 CJCE, 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, aff. C-192/01, préc., pt. 56. Voir Aude BOUVERESSE, Les vitamines dopées par la libre circulation des marchandises : interdiction de commercialiser des denrées alimentaires vitaminées, besoin nutritionnel de la population et principe de précaution, Europe, 2003, n° 11, note n° 351, pp. 21 et 22.

1180 CJCE, 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, aff. C-192/01, préc., pts 55-57. Voir pour un autre exemple, CJUE, 28 janv. 2010, Commission c/ France, aff. C-333/08, Rec. 2010 I-00757, pt. 97 : ne satisfait pas à cette condition la présomption généralisée d'un risque pour la santé avancée par la France à propos de l'utilisation d'auxiliaires technologiques dans les aliments, présomption qui n'est pas supportée par des éléments de preuve justifiant pour quelle raison la commercialisation de toute denrée alimentaire dans la préparation desquelles ont été utilisés des auxiliaires, légalement fabriqués et/ou commercialisés dans d'autres États membres, présenterait un risque justifiant une interdiction.

scientifique et d'indépendance. Le Tribunal a ainsi affirmé dans deux arrêts Pfizer et Alpharma[1181] - concernant tous deux une demande en annulation d'un règlement interdisant l'utilisation comme additif dans l'alimentation animale de deux antibiotiques – que « pour remplir leurs fonctions, les avis scientifiques sur les questions relatives à la santé des consommateurs doivent être fondés sur les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence »[1182]. Aussi le juge de l'Union a-t-il estimé qu'en ce qui concerne les avis du comité scientifique de l'alimentation animale (SCAN[1183]), « il ne fait pas de doute » qu'ils satisfont à ces critères[1184]. À l'inverse, il ne juge ni indépendant ni transparent ni excellent l'avis rendu par le comité permanent qui, dans le domaine des additifs alimentaires pour les animaux, doit être consulté par la Commission au stade de l'évaluation puis de la gestion des risques liés à ces produits. En effet, en tant qu'organe politique représentant les États membres, ce comité n'est pas scientifique ni indépendant et ses avis sont d'autant moins transparents qu'ils ne sont pas publiés[1185]. Pour satisfaire l'objectif de rigueur scientifique, l'évaluation doit également, d'après la jurisprudence, prendre en compte les données scientifiques les plus fiables et les plus récentes, disponibles au plan national mais aussi international[1186] et d'ailleurs, les avis scientifiques doivent indiquer les principaux rapports et expertises scientifiques sur lesquels ils s'appuient et mentionner, en cas de divergence significative, les raisons pour lesquelles ils s'en écartent.

17. L'évaluation ne suffit pas : elle est « finalisée » puisque celle-ci doit faire apparaître un risque redouté qui peut être considéré, par l'évaluation, comme vraisemblable. Le juge de l'Union souligne que cette évaluation ne doit en effet pas simplement faire apparaître des risques purement

---

1181 TPICE, 11 septembre 2002, *PfizerAnimal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305; TPICE, 11 septembre 2002, *Alpharma Inc. contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-70/99, *Rec.* p. II-03495.

1182 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., pt. 159.

1183 Par la décision 76/791/CEE, du 24 septembre 1976 remplacée par la décision 97/579/CE de la Commission, du 23 juillet 1997, instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire (JO L 237, p. 18), la Commission s'est adjointe un comité scientifique de l'alimentation animale (Scientific Committee for Animal Nutrition, ci-après le « SCAN»).

1184 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., pt. 209.

1185 TPICE, 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health SA c/ Conseil, aff. T-13/99, préc., pt. 283 : « le comité permanent doit être considéré comme un organe politique représentant les États membres et non pas comme un organe scientifique indépendant ».

1186 Voir CJCE, 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, aff. C-192/01 préc., pt 51.

hypothétiques[1187], mais au contraire, un risque « plausible »[1188] en l'absence duquel la mesure est invalidée. Les affaires Alpharma et Pfizer devant le Tribunal ont permis de consolider cette approche. Le Tribunal précise bien, dans ces deux affaires qu'« une mesure préventive ne saurait valablement être motivée par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées », mais ne peut l'être que lorsque le risque « apparaît (...) suffisamment documenté sur la base des donnés scientifiquement disponibles au moment de la prise de cette mesure », même si, évidemment son existence et sa portée ne doivent pas être démontrées « pleinement » par des données scientifiques concluantes[1189].

2- La séparation entre évaluation et gestion du risque « inacceptable »

18. Une fois l'étape de l'évaluation scientifique réalisée, ce que le juge exprime avec force suivi par la Commission[1190], c'est qu'il appartient ensuite aux institutions de l'Union ou aux États de fixer librement le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société. « En conséquence de celui-ci, elles doivent alors (...) déterminer le niveau de risque - c'est-à-dire le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels - qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé, nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé humaine, le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante »[1191]. Autrement dit, l'évaluation scientifique n'a pas pour fonction de fonder un recours quasi-automatique à une mesure de précaution, mais uniquement de fournir une information aux autorités politiques qui peuvent alors décider librement quels sont les risques qui leur semblent acceptables et qu'elles acceptent de courir et ceux qui sont inacceptables et doivent faire l'objet d'une

---

1187 CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia e.a.,* C-236/01, *Rec.* 2003 I-08105, pt. 106.

1188 TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. 2002 II- 04945, pt. 192. Voir aussi TPICE, 11 septembre 2002, *PfizerAnimal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., p. II-3305.

1189 TPICE, 11 sept. 2002, *Alpharma* T-13/99, préc., pts 156-157 et Pfizer, T-70/99, pts 43-44.

1190 Là encore, la Commission, dans sa Communication, reprend la même idée en soulignant que l'analyse des risques comporte pour l'autorité publique compétente deux volets complémentaires qui ne doivent pas être confondus : l'évaluation scientifique des risques et la détermination du niveau de risque jugé inacceptable qui résulte d'une décision éminemment politique : COM (2000) 1*,* pt. 5-2-1.

1191 Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 11 juillet 2000, *Toolex,* C-473/98*,* préc., pt. 45.

mesure de précaution. Certes, le juge prend soin de contrôler que, lorsque des avis scientifiques ont été rendus, ces derniers doivent être pris en considération intégralement par l'institution en cause sans en occulter, par exemple, certains aspects afin de faire apparaître un consensus scientifique qui n'existe pas. Les avis forment « un tout indissociable, devant nécessairement être apprécié dans son ensemble afin de saisir toute la portée de la réponse scientifique fournie par les experts »[1192]. Toutefois, le juge insiste bien sur le fait qu'une institution n'est en aucune manière tenue de suivre les conclusions exprimées dans un avis scientifique[1193] dont elle peut se départir lorsqu'elle considère que le seuil de l'acceptabilité est dépassé et que le recours à des mesures préventives est nécessaire. Et pour cause, la notion d'acceptabilité « admet implicitement que le risque comprend, en sus de ses éléments objectifs et rationnels, un fort contenu psychologique étant donné qu'il se réfère à des données subjectives loin d'être quantifiables »[1194]. Si donc parfois, « on se prend à rêver d'une gestion presque mécanique »[1195] du principe de précaution, c'est in fine souvent un jugement de valeur qui va fonder le recours à la mesure de précaution.

19. Le Tribunal, dans son arrêt déjà cité Pfizer, a ainsi validé une décision du Conseil de l'Union européenne d'interdiction de l'utilisation dans l'alimentation animale d'antibiotiques alors même que le comité scientifique (SCAN) saisi n'avait pas identifié de « risque réel immédiat pour la santé publique ». Le Conseil a jugé qu'il était indiqué, sur la base du principe de précaution « d'éviter de prendre le risque de réduire (…) l'efficacité de médicaments humains ». Et le Tribunal d'énoncer : « Cette conclusion se justifie par des considérations de principe relatives à la responsabilité politique et à la légitimité démocratique de la Commission. Alors que l'exercice de l'autorité publique par la Commission est légitimé (…) par le contrôle politique du Parlement européen, les membres du SCAN,

---

1192 TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c/ Commission,* aff. T-257/07, *Rec.* p. II-4153, pt. 73. En l'espèce, la Cour a bien mis en lumière que l'avis rendu par l'EFSA, tout en rappelant qu'aucun élément ne permettait de conclure à un lien entre la tremblante et les encéphalopathies spongiformes transmissibles (EST), avait bien insisté sur l'impossibilité d'exclure tout risque de transmissibilité à l'homme d'agents EST animales.

1193 Voir l'arrêt Trib., 9 décembre 2011, *Dow AgoSciences Ltd c. Commission*, aff. T-475/07, Rec. 2011 II-05937 qui reprend la jurisprudence passée.

1194 Nicolas DE SADELEER, préc., note 11, p. 106.

1195 Christine NOIVILLE, préc., note 7.

s'ils disposent d'une légitimité scientifique, n'ont pas de légitimité démocratique ni de responsabilité politique. Or, une légitimité scientifique ne suffit pas pour justifier l'exercice de l'autorité publique ». Toutefois, si elle s'écarte de l'avis, ladite autorité est tenue de « motiver spécifiquement son appréciation (…) Cette motivation devra être d'un niveau scientifique au moins équivalent à l'avis en question. Dans un tel cas, l'institution peut se baser soit sur un avis supplémentaire du même comité d'experts, soit sur d'autres éléments ayant une force probante au moins équivalente à l'avis en question »[1196]. Dans l'affaire Pfizer et Alpharma, le Tribunal relève la Commission et le Conseil, s'ils se sont écartés des conclusions exprimées dans l'avis scientifique du SCAN, se sont toutefois appuyés sur certains éléments de l'analyse scientifique contenue dans l'avis. Les institutions communautaires ont tiré des conclusions différentes des données scientifiques disponibles qui pouvaient démontrer qu'il existait, au moment de l'adoption du règlement attaqué, un fondement scientifique quant au lien entre l'utilisation d'antibiotiques comme additif dans l'alimentation des animaux et le développement chez l'homme de la résistance aux antibiotiques. D'ailleurs, outre le fait que la Cour ne prévoit aucune obligation d'agir, par exemple à destination des institutions communautaires, elle ne dit pas non plus en quoi devraient consister ces mesures de protection et pour cause, lesdites mesures sont fonction de ce qui considéré comme acceptable ou inacceptable. « Le principe de précaution (…) n'a pas pour objet de dire ce qu'il faut faire ou ne pas faire ; il oblige seulement à adopter des procédures, des méthodologies dans les processus de prise de décisions (…) Le principe de précaution est davantage un principe de méthode qu'un principe d'action »[1197]. Ce faisant d'ailleurs, la jurisprudence communautaire nourrit la qualification du principe de précaution sous la forme de *«* notion processuelle »[1198], sans contenu définitif, mais avec une nette valeur opératoire dans le domaine procédural.

II. Un regard troublé : Les flous du droit de l'Union à propos du principe de précaution

20. De cet ensemble doit-on en conclure qu'en droit de l'Union, à propos du principe de précaution, la messe serait dite ? Ces jurisprudences évoquant d'une façon détaillée les conditions

1196 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* préc., pt. 199.

1197 Gilles MARTIN, « La responsabilité en matière d'environnement et le principe de précaution », dans *Le principe de précaution*, *Revue juridique d'Auvergne*, Presses universitaires de Clermont Ferrand, 2000, p. 166.

1198 Pierre LASCOUMES, « La précaution, un nouveau standard de jugement », (novembre 1997) *Esprit*, 133.

préalables à l'application du principe de précaution, depuis l'évaluation rigoureuse d'un risque plausible jusqu'à la détermination du risque acceptable, permettent-elles de régler définitivement le sort du principe ? Cela n'est pas du tout certain car le droit de l'Union et en particulier la jurisprudence de la Cour comporte encore bien des zones d'ombre. Il faut dire que le juge est lui aussi aux prises du « pluralisme des vérités »[1199]. À ce pluralisme s'imbrique un autre pluralisme, celui des légitimités puisque le juge, confronté à la détermination de l'acceptable par les autorités politiques, ne peut s'immiscer très loin dans le contrôle de cette détermination sauf à outrepasser son rôle dans un contrôle qui est celui de la légalité d'une mesure. Qu'elles qu'en soient les raisons, reste en tous les cas que les flous persistent dans le contrôle des conditions d'application du principe qui se caractérise par une absence de linéarité (A) ainsi qu'à propos de sa qualification exacte en droit de l'Union sur laquelle demeurent encore des non-dits (B).

A. L'absence de linéarité du contrôle des conditions d'application du principe

21. Le vade-mecum décrit plus haut peut donner l'impression d'une machine bien huilée, de critères exigés et vérifiés un à un. Cependant, un trouble s'empare rapidement. En effet, les paramètres du contrôle (1) ne sont pas pris en compte à la même hauteur et la profondeur du contrôle varie (2) ce qui ne favorise guère la limpidité de la jurisprudence et le sort, en son sein, du principe de précaution.

1- L'inégale prise en compte des différents paramètres du contrôle

22. Il faut d'abord constater que le critère de l'existence d'un risque plausible n'est parfois pas vérifié d'une manière très linéaire. En matière de précaution, il est certes traditionnel de s'attarder sur les affaires dans lesquelles ont été examinées longuement les données scientifiques puisqu'en creux, le juge a délimité, pour l'avenir, les différentes obligations en matière d'évaluation préalable avant l'adoption d'une mesure de précaution[1200]. Toutefois, dans certains arrêts, l'examen est au contraire très escamoté et le juge s'éloigne quelque peu de l'exigence de suffisance des évaluations et des

[1199] Eric NAÏM-GESBERT, Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, contribution à l'étude des rapports entre la science et le droit, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 555.

[1200] Voir supra, pt I-B/1.

documentations pourtant régulièrement évoquées dans sa propre jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt Afton[1201], la Cour a validé les limites posées à l'utilisation des additifs métalliques dans les carburants[1202] alors même que les méthodes d'essai étaient impossibles à l'époque de l'adoption de la directive et simplement projetées[1203]. Sans s'attacher plus longtemps à vérifier la condition de la disponibilité d'études scientifiques, la Cour procède ici sous la forme d'une affirmation principe énonçant que « lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives »[1204]. Le caractère ramassé du contrôle a invité certains d'ailleurs à se demander si l'on doit « conclure à un assouplissement des conditions d'application du principe de précaution ? »[1205].

23. L'interrogation se prolonge un peu plus lorsqu'on constate que le juge a déjà considéré positivement une demande de violation du principe de précaution au motif non pas que l'évaluation avait démontré un risque plausible, mais à l'inverse, que l'absence de risque n'avait pas été démontrée. La France avait demandé au Tribunal d'annuler un règlement de la Commission, le règlement

---

1201 CJUE, 8 juillet 2010, *Afton,* aff. C-343/09, *Rec*. 2010 I-07027; Aude BOUVERESSE, « Recevabilité, intensité du contrôle, proportionnalité et principe de précaution », (octobre 2010) n° 10 *Europe,* comm. 304.

1202 Il s'agissait d'une demande de décision préjudicielle portant sur la validité de la directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009 en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre (JO L 140, p. 88).

1203 *Id.*, Voir pt. 58 : « À cet égard, il ressort des documents scientifiques et des débats entre les parties que, au moment de l'adoption de la directive 2009/30, le MMT (l'additif métallique) n'avait pas fait l'objet d'une évaluation scientifique concernant ses effets sur la santé entreprise par un organisme public ou une entité indépendante ». Et la Cour d'ajouter « il s'ensuit que le législateur de l'Union a été confronté à des doutes sérieux, en l'absence de données scientifiques fiables et suffisantes, quant au caractère inoffensif du MMT sur la santé et sur l'environnement » (pt. 59).

1204 *Id.*, pt. 60 de l'arrêt.

1205 Aude BOUVERESSE, préc., note 100.

n° 727/2007[1206], pour violation du principe de précaution, en ce qu'il assouplit le régime d'éradication des EST alors même que le risque de transmissibilité à l'homme ne pouvait, selon la France, être complétement exclu et que la fiabilité des tests de discriminations n'était pas absolument parfaite. Ce règlement adopté par la Commission mettait fin, lorsque la présence de l'ESB pouvait être exclue par test de discrimination, à l'obligation d'abattage dans son intégralité du troupeau et à la possibilité de mesures de remplacement comme la mise à la consommation desdits animaux. Au préalable la France avait demandé la suspension d'une partie du règlement. Or, dans sa réponse, le juge des référés[1207] s'est contenté de relever qu'il subsistait des incertitudes qui ne permettent pas d'exclure que la consommation de viandes et de produits issus d'animaux infectés par des EST présente un danger pour la santé humaine. Sans même rechercher des indices précis laissant à penser qu'un risque puisse se réaliser concrètement, le Tribunal en déduit que l'allégation de la France n'est pas dépourvue de tout fondement[1208] et que, dans ces conditions, une suspension devait être accordée. « Or ce faisant, elle semble « placer la barre » plus bas que dans sa jurisprudence antérieure (…) La Cour ne recherche pas ici si le degré de probabilité ou de plausibilité dans la survenance du dommage est suffisant (…) elle se contente de faire référence de manière abstraite à « une explication scientifique » et d'observer qu'il n'existe pas de certitude de non transmissibilité »[1209]. Bref, même si ces raisonnements sont ponctuels, force est d'admettre qu'ils « sèment le doute quant à la notion de donnée suffisamment convaincante »[1210] et troublent l'apparente mécanique des conditions d'application du principe de précaution.

Apparente mécanique des conditions d'application qui se brouille d'ailleurs un peu plus lorsque le contrôle se porte sur le critère du risque acceptable. On s'en souvient, « tel un aiguillon, le principe de précaution pousse ainsi à s'interroger non seulement sur le risque mais plus largement sur l'opportunité de

---

1206 Règlement (CE) n° 1428/2007 de la Commission du 4 décembre 2007 modifiant l'annexe VII du Règlement (CE) n° 999/2001 du Parlement européen et du Conseil fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles, JOUE n° L 317, 5.12.2007, p. 61–62.

1207 TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c. Commission,* aff. T-257/07 R, Rec. 2007, p. II-4153.

1208 *Id.*, pt. 86 de l'ordonnance.

1209 C. NOIVILLE, préc., note 73.

1210 *Id.*

le courir et sur l'acceptabilité des produits »[1211]. La détermination du risque acceptable, point de liaison entre l'évaluation du risque plausible et la mesure de précaution est, on l'a vu, une étape nécessaire. Il n'en demeure pas moins que, malgré les tentatives de la Cour de « la rationaliser en lui consacrant une base scientifique »[1212], cette étape ouvre un pouvoir d'appréciation très large pour l'autorité politique qui perturbe quelque peu le contrôle de la mesure prise. En effet, sorte d'horizon indépassable, le critère du risque acceptable devient régulièrement une sorte de « méta-critère », capable de relativiser tous les autres et perturbant quelque peu la lisibilité de l'ensemble. L'affaire, relative à une demande d'annulation d'un règlement d'éradication des EST pour violation du principe de précaution, illustre de façon vive ce point. Jugeant au fond l'affaire, le Tribunal dans son arrêt du 9 septembre 2011[1213] va en effet valider ledit règlement en se fondant précisément sur le critère du risque acceptable. Il est estimé que ces mesures génèrent des risques qui ne dépassent pas un niveau jugé acceptable pour la société. Le Tribunal a jugé, « confrontant argument après argument, le contenu matériel de l'avis scientifique, y compris les réserves qu'il contient, aux conclusions qu'en tire la Commission »[1214], que, vu le caractère limité et peu représentatif des éléments scientifiques permettant d'étayer qu'une EST affectant les ovins ou les caprins autre que l'ESB était transmissible à l'homme au moment de l'adoption du règlement litigieux, c'était sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la Commission avait pu constater, que le degré de probabilité qu'une EST autre que l'ESB affectant les ovins ou les caprins soit transmissible à l'homme était extrêmement faible et procédé à l'assouplissement des mesures d'éradication. In fine donc, le Tribunal va considérer, rien de moins, qu'une augmentation du risque d'exposition de l'homme aux EST, découlant des mesures contestées, ne suffit pas en soi à caractériser une violation du principe de précaution puisque précisément le risque n'est pas inacceptable.

2- La variabilité de la profondeur du contrôle

1211 Christine NOIVILLE, « Principe de précaution et OMC, le cas du commerce alimentaire », (2000) n° 2 *JDI,* 288.

1212 Sébastien ROSET, « Principe de précaution et évaluation des risques », (octobre 2013) n° 10 *Europe,* comm. 407.

1213 Trib., 9 septembre 2011, *France c/ Commission,* aff. T- 257/07, *Rec.* 2011 II-05827.

1214 Sébastien ROSET, « Produits phytopharmaceutiques et principe de précaution », (juin 2013) n° 6 *Europe*, comm. nº 268 p. 28-29.

24. Un deuxième élément de flou est constitué par la variabilité du profondeur du contrôle exercé par le juge. Celui-ci, dans ces contentieux de la précaution, semble balancer entre plusieurs alternatives, soit un arbitrage serré entre les différentes interprétations scientifiques concurrentes, soit une autocensure ou encore un affranchissement à l'égard de la science et des conséquences tirées par les autorités politiques.

25. D'un certain côté, le juge revendique un contrôle restreint. Il est de jurisprudence constante que dès lors que les institutions de la Communauté ou les États membres sont « confronté[s] à un dossier scientifiquement et politiquement très complexe et sensible »[1215], le juge limite son contrôle à un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. En effet dans cette situation, « le juge ne peut en effet substituer son appréciation des éléments factuels scientifiques et techniques à celle des institutions à qui seules le Traité a confié cette tâche »[1216]. Il est aussi constant que si, dans le cadre de l'Union, les autorités nationales compétentes sont appelées à effectuer des évaluations complexes, il convient aussi de leur reconnaître un large pouvoir d'appréciation et l'exercice de ce pouvoir doit être également soumis à un contrôle limité[1217] y compris au plan national.

26. En dépit de cette affirmation, dans de nombreux cas, le juge de l'Union est sorti clairement de cette réserve, confirmant si besoin était que « les distinctions entre contrôle minimum, contrôle restreint et contrôle entier ou maximum expriment plus une échelle mobile d'intensité du contrôle qu'une taxinomie rigoureuse qui lierait le juge »[1218]. En effet, il s'est bien souvent livré à un

---

1215 TPICE, 17 février 1998, *Pharos SA c/ Commission,* aff. T-105/96, *Rec.* 1998, p. II-285, pt. 69; Joël MOLINIER, « Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », dans Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit,* Paris, LGDJ, 2000; Dominique RITLENG, « Le juge communautaire de légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA,* 1999, p. 653.

1216 Pour des exemples dans le domaine environnemental et sanitaire : CJCE, 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés/Commission*, C-326/05 P*, Rec.* p. I-6557, pts 75 à 77 et CJCE, 15 octobre 2009, *Enviro Tech*, aff. C-425/08, non encore publié au Recueil, pt. 47.

1217 CJCE; 21 janvier 1999, *Upjohn,* C-120/97, *Rec.* p. I-223, pts 34-35 à propos du contrôle juridictionnel des décision nationales de retrait d'AMM de spécialités pharmaceutiques. Voir aussi CJCE, 29 avril 1999, *Standley* e. a., aff. C-293/97, *Rec.* p. I-2603, pt. 37.

1218 Denys SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CJCE », (5 mars 2009) n° 46 *LPA* p.18.

examen précis des études scientifiques et à un contrôle poussé des choix des autorités communautaires ou nationales[1219]. D'emblée, l'affaire « Vache folle » l'avait d'ailleurs annoncé. La Cour, sous couvert d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[1220], avait en effet effectué un contrôle complet de la proportionnalité de la mesure, en appréciant son urgence, l'existence d'un risque potentiel, l'efficacité des mesures britanniques et les divers avis scientifiques pour conclure que la « Commission n'a pas réagi de façon manifestement inappropriée en adoptant, à titre transitoire et en attendant de plus amples informations scientifiques, une interdiction globale d'exportation des bovins, de la viande bovine et des produits dérivés »[1221]. Depuis, les exemples sont nombreux[1222]. Parmi bien d'autres affaires, on citera l'arrêt Pfizer[1223] dans lequel le juge confronte bel et bien deux interprétations scientifiques, celle des requérantes tendant à montrer que les antibiotiques utilisés en élevage ne présentent aucun risque et celle du Conseil qui *a contrario* souhaitait éviter de prendre un quelconque risque de réduire l'efficacité de médicaments humains. L'arbitrage apparaît nettement, le juge comparant extrêmement précisément leur contenu et vérifiant que l'une d'entre elles permet bien de conclure à l'existence d'un risque. D'ailleurs, il n'est pas surprenant de constater que cet arbitrage a pu être contesté et qu'il a motivé des pourvois contre certains arrêts[1224]. Par exemple, dans l'affaire EST, la France, en pourvoi a avancé le grief de

---

1219 Pour d'autres illustrations : voir Estelle BROSSET, « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne », dans Eve TRUILHE-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux,* la Documentation française, 2011, p. 24, à la page 280.

1220 CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission,* aff. C-180/96, préc., pt. 97.

1221 CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission,* aff. C-180/96, préc., pt. 110.

1222 Voir par exemple, TPICE, 3 septembre 2009, *Cheminova A/S*, Aff T-326/07 ou encore TPICE 19 novembre 2009, *Denka International BV*, aff. T-334/07 (non publié au Rec.) : inscription de produits phytopharmaceutiques dans l'annexe de la directive 91/414/CEE concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (régime d'autorisation de mise sur le marché). Même si le Tribunal conclut que la Commission n'a pas commis ici d'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle paraît plus complet que celui d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Sont en effet analysés de manière systématique et rigoureuse toutes les hypothèses scientifiques envisagées et tous les résultats obtenus. L'examen à chaque fois très approfondi du Tribunal le conduit à conclure que la Commission ne s'est pas fondée, pour adopter sa décision finale, sur des bases scientifiques erronées (pt. 86 et ss. pour le premier arrêt, pt. 84 et ss. pour le second).

1223 TPICE, 11 septembre 2002, *PfizerAnimal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, préc., pts 209 et 239.

1224 Certes, le Tribunal est seul compétent pour constater les faits et pour apprécier les preuves. La constatation de ces faits et l'appréciation de ces éléments ne constituent donc pas une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour. Cette règle connaît des exceptions dans le cas d'une inexactitude matérielle des constatations du Tribunal (qui résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises) ou dans l'hypothèse d'une dénaturation par le Tribunal des faits ce qui est l'hypothèse la plus fréquente.

dénaturation des faits par le Tribunal parce qu'il avait considéré que la Commission avait pu déduire des avis scientifiques rendus, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que le risque de transmissibilité à l'homme des EST autres que l'ESB était extrêmement faible. Or, selon la France, ces avis avaient, en réalité, conclu non pas que ce risque était extrêmement faible, mais qu'il n'était pas possible d'exclure ladite transmissibilité. La Cour a toutefois rejeté de ce moyen en soulignant que Tribunal avait cité à l'appui d'autres documents scientifiques qui évoquaient ce risque faible de transmission[1225].

27. Certes, sur le principe, une telle évolution paraît inévitable : « puisque, en vertu du principe de précaution, l'Administration est conduite à opérer des appréciations de plus en plus approfondies sur les questions scientifiques, il revient logiquement au juge de l'action administrative de superviser ces appréciations »[1226]. Il y aurait en effet une sorte « d'incohérence à prétendre que l'on se trouve dans une situation d'incertitude scientifique (…) et à relever par ailleurs une erreur grossière et manifeste : comment peut-on commettre une erreur évidente dans un contexte qui, par hypothèse, est emprunt de doute ? »[1227]. Cependant, dans sa forme, cet approfondissement du contrôle manque de netteté puisque le juge continue d'évoquer un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Dans sa portée également, l'approfondissement peut interroger. Est-ce toujours dans l'intérêt du principe de précaution ? On peut en effet remarquer que ce contrôle approfondi emmène parfois « le juge à appréhender l'incertitude (…) comme un fait objectif »[1228] ce qu'elle ne peut pourtant pas être par essence même. Par exemple, dans l'affaire EST, le Tribunal estime qu'il était plausible de déduire des avis un risque même faible de transmission à l'homme des EST affectant les ovins et caprins. Et le Tribunal considère que, en plus, la France n'a pas été en mesure d'apporter des éléments susceptibles d'ébranler la plausibilité des appréciations opérée par la Commission. En creux, il est donc imposé au requérant, la France, qu'il apporte la preuve suffisante « pour priver de plausibilité » ladite appréciation

1225 CJUE, 11 juillet 2013, *France c. Commission*, aff. C- 601/11 non encore publiée au *Rec.*

1226 Christine NOIVILLE, préc., note 7, p.5.

1227 Marguerite CANEDO-PARIS, préc., note 9, p. 1082.

1228 Voir en ce sens, Trib. UE, 9 sept. 2011, France c/ Commission, préc. : Europe 2011, comm. 415, obs. S. ROSET.

ce qui n'est pas une tâche aisée. On remarquera d'ailleurs que le critère de plausibilité semble migrer de l'appréciation réalisée par les gestionnaires du risque vers celle des preuves avancées pour la renverser.

B. Le non-dit sur la qualification du principe (sous la forme d'un principe général *du* droit de l'Union)

28. À ces flous, dont certains sont quasiment incompressibles puisque liés à la nature même du principe de précaution, s'ajoutent des non-dits qui ne sont eux le fait que du droit de l'Union. C'est le cas à propos de la qualification exacte du principe en droit de l'Union : si la jurisprudence a participé à la construction du principe de précaution et à l'extension de son champ d'application, elle continue en effet de laisser pourtant un élément dans l'ombre, celui de la qualification dudit principe. Pour dire les choses plus frontalement, le principe de précaution a en effet ceci de particulier qu'il a été qualifié de principe général du droit de l'Union par le Tribunal de l'Union, mais pas pour l'instant par la Cour. Du côté du Tribunal, depuis plus de dix ans, le principe de précaution a été qualifié de « principe général du droit communautaire imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées afin de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques »[1229]. Mais, du côté de la Cour, celle-ci n'a jamais repris une telle qualification alors même que, d'une certaine manière, « la qualification de principe général du droit ne peut être véritablement que le fait que de la Cour de justice »[1230]. Dans l'affaire EST, le silence de la Cour est particulièrement « éloquent »[1231]. Et pour cause, dans cette affaire, le motif principal était celui de la violation du principe de précaution et le Tribunal avait, en première instance, réservé plusieurs développements au rappel du principe de précaution et sa qualification.

1229 TIPCE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et autres contre Commission,* aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, préc., pt. 184 confirmé par TIPCE, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission,* aff. T-147/00, préc., pt. 52.

1230 Brunessen BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », (2013) *RFDA*, p. 1217.

1231 Daniel GADBIN, « Principe de précaution et assouplissement des mesures à prendre en présence d'EST chez les ovins et caprins », (janvier 2014) n° 419 *Revue de droit rural*, comm. 12.

29. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant de voir la Cour rattacher ce principe à d'autres. La Cour lie régulièrement le principe de précaution au principe de proportionnalité. Certes, à propos des mesures prises par les institutions de l'Union, la référence est désormais souvent autonome. Il faut dire que le principe est « un principe autonome découlant des dispositions (...) du traité »[1232]. Toutefois, ici ou là, la liaison entre le principe de précaution et de proportionnalité est encore opérée. Cela ressort clairement de l'affaire « Vache folle » puisque la Cour a expressément reconnu la légitimité d'une interprétation du principe de proportionnalité à l'intérieur de laquelle a pris place le principe de précaution. Dans l'arrêt Afton déjà cité, on trouve la même liaison puisque la violation du principe de précaution est examinée au sein de la l'examen de la violation du principe de proportionnalité dont il forme tout à fait clairement une partie[1233]. Cela n'est au passage guère rassurant car une telle liaison pourrait signifier que le champ d'application du principe de précaution n'est pas aussi solidement élargi que ce que l'on avait pu croire. Les propos de l'Avocat général dans l'affaire Afton ne disent pas autre chose : il souligne que, parce que la directive examinée a été adoptée directement sur la base de l'article 95 TCE (désormais article 114 TFUE), « une telle mesure législative ne peut pas directement être appréciée selon qu'elle respecte ou non le principe de précaution. En revanche, le principe de précaution trouve surtout à s'appliquer dans le cadre de l'examen du principe de proportionnalité et c'est dans ce cadre que nous l'examinerons ci-dessous »[1234].

30. À propos des mesures prises par les États, l'autonomie du principe de précaution est encore plus trouble. Et pour cause, sans confirmation de la part de la Cour favorable au statut de principe général du droit, l'obligation pour les États de respecter le principe de précaution est, au moins en dehors des hypothèses de droit dérivé, fragile. En effet, rien *a priori* n'oblige, ni le traité ni le droit dérivé, les États à prendre en considération, au titre du droit de l'Union, le principe de précaution. Il n'est pas

---

1232 TIPCE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et autres contre Commission,* aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, préc., pt. 184.

1233 *Id.,* pt. 68 : « Par suite, eu égard aux incertitudes portant tant sur les dommages causés par l'utilisation de MMT que sur les risques engendrés pour l'utilisateur de MMT, la fixation des teneurs limites en MMT dans les carburants n'apparaît pas manifestement disproportionnée au regard des intérêts économiques des producteurs de MMT, en vue d'assurer un niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement ».

1234 Conclusions de Mme J. KOKOTT présentées le 6 mai 2010 dans l'aff. C- 343/09, pt. 54.

étonnant donc que, dans le raisonnement de la Cour, le principe de précaution se trouve régulièrement « subsumé »[1235] dans des justifications classiques et imprègne indirectement d'autres paramètres de contrôle, notamment celui relié au principe de proportionnalité de la mesure nationale dérogatoire à une liberté. Mais, dans cette configuration, la prise en considération du principe peut être tout à fait variable. Il n'y a aucune sécurité juridique définitive de ce point de vue. À l'analyse d'ailleurs, la jurisprudence de la Cour indique que la lecture du principe de précaution est à géométrie variable, plus ou moins rigoureuse, moins lorsque les institutions agissent[1236], plus lorsque les États demandent à déroger au droit de l'Union. Ainsi, la Cour[1237] a pu exiger, pour valider une interdiction de commercialisation de denrées alimentaires dans la préparation desquelles ont été utilisés des auxiliaires technologiques, que soit démontré un « risque réel allégué pour la santé publique », « suffisamment établi sur la base des données scientifiques les plus récentes qui sont disponibles à la date de l'adoption d'une telle décision »[1238]. Une telle exigence paraît en effet plutôt élevée et laisse en définitive peu de place au principe de précaution. D'ailleurs le régime français d'autorisation préalable pour l'utilisation de ces auxiliaires technologiques dans les denrées alimentaires a été finalement censuré. L'explication de cette géométrie variable est sans doute logique, donnée dans une autre affaire par l'Avocat général Maduro qui explique pourquoi selon lui « le recours au principe de précaution entraîne des conséquences distinctes selon qu'il est mis en œuvre par les institutions communautaires ou par les États membres » : il souligne que « dans l'hypothèse où un État se prévaut du principe de précaution, sa décision entraînera un fractionnement du marché unique. En outre, même si la mesure prise n'est pas dictée par des motivations protectionnistes, le point de vue des autres États membres ne pourra être pris en compte, au contraire de ce qui se passe lorsqu'une institution communautaire adopte une décision au titre du principe de précaution. Ainsi s'explique à mon avis la jurisprudence de la Cour qui s'est employée à encadrer strictement le recours au principe de précaution, lorsque les États membres l'invoquent »[1239]. Il n'en demeure pas moins que cette géométrie variable ajoute encore un flou d'ensemble.

1235 Brunessen BERTRAND, préc., note 65.

1236 CJUE, 4e ch., 8 juill. 2010, aff. C-343/09, Afton Chemical Ltd c/ Secretary of State for Transport, préc..

1237 CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, préc., note 79.

1238 *Id.,* Pt. 89 de l'arrêt.

1239 Conclusions de l'Avocat général M. POIARES MADURO présentées le 14 septembre 2004 dans l'affaire C-41-02, *Commission c/ Pays-Bas*.

***

31. Pour conclure, le bilan est donc en demi-teinte. Regarder du côté du droit de l'Union permet sans aucun doute de collecter une série d'utiles précisions sur les conditions d'application du principe de précaution dont les juges nationaux peuvent utilement s'inspirer. Toutefois, le droit de l'Union n'est pas un sésame ; et pour cause, il est lui aussi affecté de plusieurs zones d'ombre. Certaines d'entre elles sont clairement reliées à des spécificités de l'Union elle-même, notamment le caractère cardinal de l'impératif de libre circulation des produits et des personnes. D'autres, notamment celles relatives à la notion d'acceptabilité du risque, sont au contraire sans aucun doute propres au principe de précaution. Et elles ne paraissent pas susceptibles d'être finalement regrettées. Le principe de précaution est en effet né d'une volonté d'intégrer l'incertitude dans le droit ; encore faut-il aussi l'admettre au sein même du raisonnement juridique à propos de ce principe. Pourquoi ne pas accepter que le principe de précaution, « à l'image d'une cellule », possède « un noyau dur (qui) fixe ses éléments identitaires » mais soit pour le reste, entouré d'un « halo (…) susceptible de mutation en raison d'un contexte changeant »[1240] ? Et pourquoi ne pas convenir, qu'à partir de ce concept imprécis et évolutif, il soit tout de même possible « de réduire l'arbitraire, donc de construire un raisonnement juridique rigoureux et prévisible »[1241] ?

1240 Philippe ICARD, préc., note 49, p. 479.

1241 Mireille DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », (1995) *Recueil Dalloz,* chroniques, p. 4.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : L'ARLÉSIENNE DU DROIT PÉNAL DE L'UNION EUROPÉENNE

Guillemine TAUPIAC-NOUVEL
Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole,
IRDEIC- Centre d'excellence Jean Monnet
GDR CNRS Espace Liberté Sécurité et Justice

1. **Le principe de précaution en droit pénal européen. Approche autonome.** Intervenant à la fin de cette riche journée d'études pour envisager notre sujet dans le contexte particulier du droit de l'Union européenne[1242], on pourrait s'attendre à une sorte de synthèse conclusive de toutes les approches comparatistes du principe de précaution en droit pénal. Outre l'octroi prématuré d'une telle place, ce travail de synthèse supposerait que le droit de l'Union européenne est un droit de compromis entre les droits internes de ses Etats membres. Or, étudier le principe de précaution en droit de l'Union européenne, ce n'est pas faire du droit de compromis. D'une part, le droit pénal de l'Union européenne est davantage un vingt-neuvième corps de règles répressives applicable sur le territoire de l'Union, dans un ordre juridique indépendant [1243] . Et cette construction autonome est d'ailleurs aussi innovante que problématique en matière pénale[1244]. D'autre part, l'origine première du principe de précaution est supranationale -européenne[1245]. Le principe de précaution a une place de choix dans l'ordre juridique de l'Union européenne qui est propice à son appréhension par le droit pénal européen. A cela s'ajoute l'attente des ordres juridiques nationaux, légitimement suscitée par un processus

[1242] La forme orale du texte a été conservée.
[1243] CJCE, Costa c. E.N.E.L, 15 juillet 1964, aff. 6-64.
[1244] V. not. *infra,* n°14.
[1245] M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6e édition, 2011, p. 186 ; R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2e édition, 2013, p. 55 et s.

d'harmonisation européen avancé[1246]. Malgré tout, le principe de précaution ne semble pas se montrer. Entre faisabilité normative et limites matérielles, le principe de précaution devient *l'arlésienne du droit pénal européen*.

2. L'importance du principe de précaution dans l'ordre juridique européen. A l'heure actuelle, on ne s'interroge plus ni sur l'existence du principe de précaution dans l'ordre juridique européen, ni sur sa valeur, ni même sur sa définition[1247]. Le principe de précaution est un principe à valeur constitutionnelle de l'ordre juridique européen depuis son introduction dans le Traité de Maastricht en 1992[1248]. Malgré l'absence de définition du principe de précaution, son champ a été progressivement élargi au-delà de l'environnement, à la protection de la santé humaine, animale et végétale. Ce faisant, le principe de précaution s'applique à tous les domaines dans lesquels l'ordre juridique européen décrète un niveau très élevé de protection[1249]. Ce principe, qualifié de Principe Général du droit communautaire[1250], peut être défini comme un principe « imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé physique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques»[1251]. Une définition doctrinale qui souligne l'importance et la logique de ce principe, envisagé en droit de l'Union européenne comme un outil de gestion des

[1246] V. en ce sens l'intervention à cette journée de C. JÄGER*
[1247] Sur tous ces points, v. not. J. RIDEAU, *Ordre juridique de l'Union européenne - sources non écrites*, JCL. Europe, Fasc. 191, §66 et §186 et s.
[1248] R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement,* Montchrestien, 2e édition, 2013, p. 57.
[1249] V. *infra*, n°7.
[1250] TPICE, République française c. Commission européenne, 9 sept. 2011, T 257/07, §66 : « Le principe de précaution constitue un principe général du droit de l'Union, découlant de l'article 3, sous p), CE, de l'article 6 CE, de l'article 152, paragraphe 1, CE, de l'article 153, paragraphes 1 et 2, CE et de l'article 174, paragraphes 1 et 2, CE, imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques ». Préc. TPICE, Artegodan et a. c. Commission, 26 nov. 2002, aff. Jointes T 74/00, T 76/00, T 83/00 à T 85/00, T 132/00, T 137/00 et T 141/00.
[1251] JCL. Europe, Fasc. 191, §186.

risques[1252]. A ce titre, le principe de précaution est accepté tant comme une source directe d'obligations pour les institutions européennes et les Etats membres qu'un principe d'interprétation du droit européen[1253]. Cette importance du principe de précaution en droit de l'Union européenne conduit à envisager une traduction répressive dans l'ordre juridique européen. Mais le droit pénal européen a-t-il la capacité normative d'appréhender le principe de précaution ?

3. La faisabilité normative du principe de précaution en droit pénal européen. Entre le droit primaire qui consacre le principe de précaution dans l'ordre juridique de l'Union européenne d'un côté et, de l'autre, la compétence tardive de l'Union en matière pénale, la réponse n'est pas évidente. En effet, la compétence pénale de l'Union étant tardive mais également délimitée, on peut supposer qu'elle ne va pas jusqu'au principe de précaution. Une supposition d'autant plus justifiée que le principe de précaution a lui aussi un champ d'intervention limité[1254]. Aussi, la question est de savoir si, malgré cela, il existe aujourd'hui une base juridique pour l'adoption de mesures de précaution en droit pénal de l'Union ? Ou, plus fondamentalement, existe-t-il des points de rencontre possible entre le principe de précaution et la règle pénale dans l'ordre juridique de l'Union ? Il semble que ce soit la volonté de l'Union européenne d'assurer un niveau élevé de protection de l'environnement, de la santé humaine et animale qui va tant ancrer le principe de précaution dans l'Union qu'impliquer -et fonder- le recours au droit pénal par le législateur européen. En ce sens, la capacité normative du droit pénal européen pour appréhender le principe de précaution va pouvoir être établie jusqu'à être consacrée par le Traité de Lisbonne[1255]. Qu'en est-il alors de la capacité matérielle du droit pénal de l'Union pour une traduction répressive du principe de précaution : le droit pénal européen peut-il mettre en œuvre des mesures et sanctions pénales sur la base de l'existence d'un risque incertain, caractérisant le principe de précaution[1256] ?

[1252] Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution, 2 fév. 2000, COM (2000) 1 Final, p. 8.
[1253] R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2e édition, 2013, p. 57 et 58.
[1254] V. *infra*, n°7.
[1255] Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la communauté européenne, 2007/C 306/01.
[1256] Sur les effets juridiques de l'incertitude scientifique, v. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6e édition, 2011, p. 186.

4. Les limites matérielles à la consécration du principe de précaution en droit pénal européen. Le droit pénal européen se construit sans véritable politique pénale européenne, loin des grandes théories de droit pénal général et selon une technique d'incrimination spécifique. La nature même des instruments de droit dérivé - les décisions-cadre, les directives - implique des contenus parfois laconiques en ce qu'ils fixent les objectifs à atteindre en termes de répression en laissant les législateurs nationaux assez libres au stade de l'intégration de l'incrimination dans le droit national, du choix des peines, et celui des mécanismes procéduraux. L'étude des textes de droit dérivé de droit pénal, telle la Directive de 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal[1257], et de ceux spécifiques au principe de précaution, telle la Directive OGM[1258], révèle l'absence à ce jour d'une expression pénale claire du principe de précaution dans l'ordre juridique de l'Union. Est-ce que cette absence signifie qu'il n'existe pas d'infraction européenne de précaution ? Il est possible que la réponse fournie par l'ordre juridique européen paraisse décevante. D'abord, le législateur européen, lorsqu'il en a pourtant l'occasion[1259], ne semble pas faire le choix de la sanction pénale pour la mise en œuvre du principe de précaution. Ensuite, le principe de précaution est certes utilisé en droit de l'Union européenne comme un principe d'interprétation du droit mais dans des domaines non soumis au respect du principe de la légalité criminelle. Le principe de précaution comme directive d'interprétation du droit pénal européen doit être confronté aux exigences de la légalité criminelle qui s'imposent tant au législateur qu'au juge européen dans le cadre de son pouvoir d'interprétation du droit dérivé. Ce faisant, envisager le principe de précaution dans le contexte répressif européen renvoie aux capacités mais aussi aux défaillances du droit pénal européen, supposant de préciser la méthode de travail suivie.

[1257] DIRECTIVE 2008/99/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

[1258] DIRECTIVE (UE) 2015/412 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mars 2015 modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire.

[1259] Comme cela est le cas par exemple dans la DIRECTIVE (UE) 2015/412 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mars 2015 modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire. Sur ce point, v. *infra*, n°12.

5. La méthode d'analyse du principe de précaution en droit pénal de l'Union européenne. Aux spécificités de la matière du droit pénal européen s'ajoutent l'autonomie de l'ordre juridique européen et l'accroissement des compétences répressives de l'Union avec le Traité de Lisbonne. Le droit pénal national, avec ses catégories juridiques, peut difficilement être une grille de lecture satisfaisante du droit pénal européen. Il apparaît nécessaire de raisonner en « européano-pénaliste » pour tenter de déterminer - et de comprendre – les raisons pour lesquelles le principe de précaution n'est pas, malgré le potentiel de l'ordre juridique européen en ce sens, mis en œuvre en droit pénal de l'Union. Tout le travail va donc consister à analyser le droit primaire, mais surtout le droit dérivé -règlements et directives- qui serait susceptible de donner une expression pénale européenne au principe de précaution. Se révèle ainsi dans l'ordre juridique pénal de l'Union européenne un principe d'une nouvelle nature : attendu (I) mais toujours absent (II).

I. Un principe de précaution attendu en droit pénal européen

6. Une attente doublement justifiée. L'attente d'une expression pénale du principe de précaution dans l'Union européenne est doublement justifiée. D'abord, la volonté d'assurer un niveau élevé de protection de l'environnement, de la santé humaine, animale et végétale dans l'Union européenne permet la rencontre entre le principe de précaution et le droit pénal (A). Ensuite, fondée sur cette logique, la compétence normative du législateur européen va être consacrée tant par le juge européen que le droit primaire (B).

A. L'exigence d'un niveau élevé de protection dans l'ordre juridique européen

7. Le champ d'application matériel du principe de précaution dans l'Union. Le principe de précaution à une valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique communautaire depuis 1992[1260]. Progressivement, sous l'influence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), le champ d'intervention du principe de précaution s'est étendu au-delà du seul cas de la protection de l'environnement s'affirmant dans les domaines de la protection de la santé, de la sécurité

[1260] V. *supra* n°2.

des personnes. Il est aujourd'hui consacré dans le droit primaire de l'Union pour la protection de l'environnement[1261], pour la protection du consommateur[1262], et pour la protection de la santé humaine[1263], animale et végétale[1264]. Tous ces domaines sont appelés politiques communes de l'Union européenne. A cet égard, la Commission européenne considère que le principe de précaution doit être mis en œuvre « lorsqu'une évaluation scientifique objective et préliminaire indique qu'il est raisonnable de craindre que les effets potentiellement dangereux pour l'environnement ou la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau élevé de protection choisi pour la Communauté »[1265]. La volonté de l'Union européenne est de mettre en œuvre efficacement le principe de précaution. Une application qui est, selon la Commission, « un élément essentiel » de la politique et des choix de l'Union[1266].

8. La volonté d'un principe efficacement mis en œuvre - *via* le droit pénal ? La Commission européenne fournit de nombreux éléments pour assurer la mise en œuvre du principe de précaution dans le droit de l'Union européenne. Ce faisant - et fût-ce même implicitement- elle ouvre la voie au recours au droit pénal dans ces domaines relevant des politiques communes de l'Union. Selon la Commission européenne, le principe de précaution a une portée « liée à l'évolution jurisprudentielle, qui, d'une certaine manière, est influencée par les valeurs sociales et politiques prévalant dans une société »[1267]. En ce sens, un niveau très élevé de protection de l'environnement ou du consommateur étant une priorité pour l'Union européenne, le recours à la sanction pénale en cas de violation du principe de précaution dans cet ordre juridique s'entend. A cela s'ajoutent les exigences auxquelles doivent se

[1261] Article 191 §1 et §2 TFUE.
[1262] Article 169 TFUE.
[1263] Article 168 TFUE.
[1264] R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2e édition, 2013, p. 57 et 58.
[1265] Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution, Bruxelles, 2 février 2000, COM(2000) 1 final, p. 2.
[1266] Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution, Bruxelles, 2 février 2000, COM(2000) 1 final, p. 2.
[1267] Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution, Bruxelles, 2 février 2000, COM(2000) 1 final, p. 9.

conformer toutes mesures européennes mettant en œuvre le principe de précaution[1268]. La Commission européenne insiste à cet égard sur la proportionnalité et la cohérence des mesures européennes de précaution. Plus précisément ici, « la proportionnalité signifie l'adaptation des mesures au niveau choisi de protection. Le risque peut rarement être ramené à zéro, mais une évaluation incomplète du risque peut limiter considérablement le nombre d'options disponibles pour les gestionnaires du risque. Une interdiction totale peut ne pas être dans tous les cas une réponse proportionnée à un risque potentiel. Cependant, dans certains cas, elle peut être la seule réponse possible à un risque donné ». Somme toute, le droit pénal n'est donc pas exclu des mesures européennes de précaution. Au contraire, il semble bien que le droit pénal trouverait sa place, une place légitime, à assurer un niveau de protection très élevé des -valeurs sociales et- politiques communes prévalant dans la société européenne. Le cadre normatif répressif pour mettre en œuvre le principe de précaution est d'ailleurs consacré par le droit de l'Union.

B. L'affirmation et le renforcement du cadre normatif répressif

9. La compétence pénale accessoire du législateur européen[1269]. La compétence répressive tardive du législateur européen s'est établie en deux temps : un temps jurisprudentiel puis un temps « constitutionnel ». Le premier est celui de l'affirmation de la compétence répressive accessoire du législateur européen, le second temps celui de son renforcement. Dans les deux cas, la compétence pénale du législateur européen permettrait la mise en œuvre efficace du principe de précaution. En effet, lorsque le juge européen consacre pour la première fois la compétence du législateur communautaire en

[1268] Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution, Bruxelles, 2 février 2000, COM(2000) 1 final, p. 3 : « Si une action est jugée nécessaire, les mesures basées sur le principe de précaution devraient notamment : Etre proportionnées au niveau de protection recherché ; Ne pas introduire de discrimination dans leur application; Etre cohérentes avec des mesures similaires déjà adoptées ; Etre basées sur un examen des avantages et des charges potentiels de l'action ou de l'absence d'action (y compris, le cas échéant et dans la mesure du possible, une analyse de rentabilité économique) ; Etre réexaminées à la lumière des nouvelles données scientifiques ; Etre capables d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque ».

[1269] Le terme « législateur européen » se réfère précisément à l'intervention du Parlement européen et du Conseil de l'Union dans la procédure législative ordinaire pour l'adoption des textes de droit dérivé. Anciennement appelée procédure de co-décision, la procédure législative ordinaire a toujours été caractéristique du processus d'intégration européen dans le premier pilier de l'Union européenne.

matière pénale il rend possible un éventuel recours au droit pénal pour la mise en œuvre du principe de précaution dans l'ordre juridique européen. En septembre 2005[1270], la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) se prononce sur la validité d'une décision-cadre adoptée en 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal[1271]. La Commission européenne agit en annulation de cette décision-cadre pour défaut de base juridique arguant que les institutions européennes détiennent des compétences pour promouvoir un niveau élevé de protection et améliorer la qualité de l'environnement. Autrement dit, l'Union doit assurer l'efficacité de la mise en œuvre des politiques européennes communes, telle celle de l'environnement[1272]. La CJCE, adoptant cette logique, considère que « le législateur communautaire peut prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres qu'il estime nécessaire pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »[1273]. Dans une décision de confirmation du 23 octobre 2007, la CJCE va en revanche exclure les sanctions pénales de la compétence pénale du législateur européen[1274]. La généralité des termes utilisés dans la solution ainsi retenue par le juge de Luxembourg permet d'étendre la compétence pénale accessoire du législateur à tous les domaines appartenant à la catégorie de « politiques européennes communes », parmi lesquelles la santé humaine, animale et végétale. Dans le respect de cette jurisprudence, sera adoptée en 2008 la Directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal[1275]. Au-delà, la mise en œuvre du principe de précaution peut désormais relever de la compétence pénale de l'Union. Une compétence qui se renforce avec le Traité de Lisbonne offrant, sur le fondement de la même logique de complémentarité des compétences de l'Union, une véritable base juridique pour mettre en œuvre le principe de précaution en droit pénal européen.

[1270] CJCE, 13 septembre 2005, C-176/03.
[1271] En 2003, la décision-cadre est l'instrument de droit dérivé du troisième pilier. La nature intergouvernementale de ce dernier explique que l'adoption des textes de droit dérivé ne réponde pas aux exigences de la procédure législative ordinaire mais à des conditions dérogatoires, plus protectrices des intérêts des Etats membres.
[1272] La législation correspondant à ces politiques communes est adoptée dans le cadre du premier pilier – le pilier dit « communautaire ».
[1273] § 48, CJCE, 13 septembre 2005, C-176/03.
[1274] CJCE, 23 octobre 2007, C-440/05.
[1275] DIRECTIVE 2008/99/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

10. La base juridique pour mettre en œuvre le principe de précaution en droit pénal européen. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, toute action du législateur européen pour mettre en œuvre le principe de précaution en droit pénal européen devra être fondée sur l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'article 83 §2 du TFUE prévoit précisément que « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné ». Le renforcement normatif de la compétence pénale de l'Union pour adopter des mesures européennes de précaution se double ainsi d'une extension de son champ. A compter de 2009, afin d'assurer un niveau élevé de protection dans l'ordre juridique de l'Union, des directives peuvent être adoptées, selon la procédure de co-décision, pour harmoniser les éléments constitutifs des infractions pénales et pour prévoir les sanctions y afférant dans les domaines de l'environnement, de la protection de la santé humaine, animale ou végétale. Ce faisant, les mesures de précaution entrent parfaitement, théoriquement, dans le champ de compétence pénale du législateur européen. Le cadre normatif répressif étant ainsi posé, on se demande alors où est passé le principe de précaution en droit pénal européen ? Il est absent.

II. Un principe de précaution absent en droit pénal européen

11. Affirmer que le principe de précaution n'a pas d'expression pénale dans l'ordre juridique de l'Union suppose d'une part, de démontrer le défaut de normes européennes portant le principe de précaution en matière pénale (A) et d'autre part, afin de mieux comprendre cette absence, de relever les obstacles à l'existence même d'infractions de précaution en droit pénal européen (B).

A. Le défaut de normes européennes portant le principe de précaution en matière pénale

12. Le droit dérivé mettant en œuvre le principe de précaution sans droit pénal. Toute appréhension éventuelle du principe de précaution par le droit pénal européen passe par l'adoption de

texte de droit dérivé - règlements ou directives[1276]. Existe-t-il des textes de droit dérivé, adoptés avant ou après le Traité de Lisbonne, mettant en œuvre le principe de précaution en matière pénale ? Tenter de répondre à cette question suppose d'entrer dans une analyse du droit dérivé de l'environnement, ou encore de la protection de la santé humaine, animale et végétale. Il apparaît que les textes qui nous intéressent ici peuvent être classés principalement en deux catégories. La première est celle du droit dérivé qui se réfère expressément au principe de précaution, mais pas au droit pénal, pour établir des règles spécifiques. Les Etats membres sont seulement soumis à une obligation de prévoir des sanctions en cas de non-respect du droit européen. Entre dans cette catégorie, la Directive OGM de 2001 telle que modifiée par la Directive de 2015[1277]. Ce texte, qui est relatif aux autorisations pour l'utilisation des OGM, énonce en effet le principe de précaution dès son préambule et pose le dispositif règlementaire pour sa mise en œuvre. Les Etats membres « veillent, conformément au principe de précaution, à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'éviter les effets négatifs sur la santé humaine et l'environnement qui pourrait résulter de la dissémination volontaire ou de la mise sur le marché d'OGM »[1278]. Conformément à cet objectif, la directive met en place des procédures d'autorisation d'utilisation des OGM et demande que « les États membres fixent les sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales arrêtées conformément à la présente directive. Ces sanctions ont un caractère effectif, proportionné et dissuasif»[1279]. Mais aucun caractère pénal. Répondent également à ces caractéristiques, le Règlement de 2002 sur la sécurité alimentaire[1280], et la Directive relative à la sécurité

[1276] V. *supra*, n°10.
[1277] DIRECTIVE (UE) 2015/412 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mars 2015 modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire.
[1278] Article 4 §1 de la DIRECTIVE 2001/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.
[1279] Article 33 de la DIRECTIVE 2001/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.
[1280] RÈGLEMENT (CE) No 178/2002 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires.

générale des produits de 2001[1281]. La seconde catégorie envisagée est, à l'inverse, celle du droit dérivé en matière pénale intervenant dans les domaines des politiques communes de l'Union sans aucune référence au principe de précaution.

13. Le droit pénal dérivé sans principe de précaution. Il apparaît qu'il existe des textes de droit dérivé de droit pénal qui créent des incriminations et/ou des sanctions dans les domaines des politiques communes de l'Union mais qui ne se réfèrent pas, ni dans leur préambule ni dans leur contenu, au principe de précaution. Correspondent à ces caractéristiques la Directive de 2008 relative au droit pénal de l'environnement[1282], ainsi que la Directive du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires[1283]. Dans la directive de 2008, le législateur prévoit plusieurs incriminations de comportements qui « sont la cause ou seraient susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore »[1284]. Les Etats membres doivent alors mettre en place des « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives »[1285]. Le principe de précaution est absent de ce texte de droit pénal européen, il n'apparaît pas comme une source directe de responsabilité pénale en droit de l'Union. Cette absence, également du préambule de ces directives[1286], révèle une volonté politique de ne pas donner d'expression pénale européenne au principe de précaution mais elle s'explique surtout par des obstacles de nature plus juridique.

[1281] DIRECTIVE 2001/95/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits. Sur les sanctions, v. §22 du préambule : « Pour assurer le contrôle efficace du respect des obligations qui incombent aux producteurs et aux distributeurs, les États membres devraient mettre en place ou désigner des autorités chargées de surveiller la sécurité des produits et dotées de pouvoirs leur permettant de prendre des mesures appropriées, y compris d'infliger des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, et d'assurer une coordination appropriée entre les diverses autorités désignées ».

[1282] DIRECTIVE 2008/99/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

[1283] DIRECTIVE 2005/35/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions.

[1284] Article 3 de la Directive.

[1285] Article 5 de la Directive.

[1286] Le préambule des directives européennes a pour objet de justifier l'adoption du texte de droit dérivé au regard tant de la compétence de l'Union que des principes qu'il met en œuvre.

B. Les obstacles juridiques à l'existence d'infraction de précaution en droit pénal européen

14. L'absence de choix entre sanction administrative et sanction pénale. Certaines limites intrinsèques au droit pénal européen ne permettent pas d'envisager aisément une infraction européenne de précaution. A ce titre, deux obstacles semblent pouvoir être mis en avant. Le premier tient à l'absence de choix par le législateur européen quant à la nature des sanctions en cas de violation du droit européen[1287]. Le second obstacle, plus classique en droit pénal, est caractérisé par le respect du principe de légalité criminelle par le législateur européen. Concernant la nature des sanctions en cas de violation du droit européen, il est problématique que le législateur européen ne décide pas en amont ce qui relève du droit pénal, et non du droit administratif, dès lors que cela empêche d'identifier des mesures pénales de précaution dans le droit dérivé de l'Union[1288]. En effet, à l'analyse de la première catégorie de textes de droit dérivé identifiée plus haut[1289] on pourrait être tenté de qualifier d'infraction obstacle le fait de ne pas se soumettre à l'obligation posée d'obtenir une autorisation avant l'utilisation ou la commercialisation de certains produits ou substances potentiellement dangereux[1290]. Une qualification déjà retenue par la doctrine en droit pénal français[1291]. Cependant, dans ce cas précis, le choix entre la nature administrative de la sanction et sa nature éventuellement pénale n'est pas imposé par le droit européen qui ne demande aux législateurs nationaux que « des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »[1292]. La pénalisation des comportements dépendra donc de chaque Etat membre... Le second obstacle à l'existence d'une infraction européenne de précaution tient au respect du principe de la légalité criminelle par le droit pénal européen.

[1287] Sur la problématique plus large de la définition et des caractéristiques de la peine en droit pénal de l'Union européenne, v. not. « A la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », Revue Droit pénal, n°9, septembre 2015.

[1288] Plus généralement, sur l'importance du maintien de la distinction entre répression pénale et répression administrative, v. not. J. LAGOUTTE, *La protection de l'environnement : répression administrative ou répression pénale ?, in* La protection pénale de l'environnement, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, Ed. Cujas, n° 4, p. 281 et s.

[1289] V. *supra* n°12.

[1290] V. ici plus particulièrement la DIRECTIVE 2001/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.

[1291] J.-Ch. SAINT-PAU, *Les infractions de précaution*, RPDP, n°2, avril/juin 2015, p. 265, spéc. p. 274.

[1292] V. *supra* n°12.

15. Principe de précaution, droit pénal européen, principe de la légalité criminelle. Ce triptyque soulève à titre principal la question du principe de précaution en tant que directive d'interprétation du droit pénal dérivé. Dans les directives de droit pénal européen de l'environnement[1293], l'absence de référence expresse au principe de précaution laisse-t-elle une place au principe en tant que directive d'interprétation de leurs dispositions ? Dans l'affirmative, cela signifierait qu'à défaut d'infraction pénale de précaution - d'éléments constitutifs spécifiques à cette infraction- le champ d'application des incriminations posées par la directive de 2008, par exemple, s'étendrait aux situations de risque incertain pour l'environnement. Or, lorsque le législateur européen pose une liste de comportements en précisant que « les États membres font en sorte que (ces) actes constituent une infraction pénale lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement ou par négligence au moins grave »[1294], les éléments constitutifs des infractions, et notamment de celles par imprudence, dépendent de la législation pénale nationale de chaque Etat membre. Dans la perspective d'une telle transposition en droit français[1295], rappelons qu'il a déjà été souligné que le concept de risque incertain sur lequel repose l'existence même du principe de précaution semble difficilement conciliable avec les exigences du droit pénal dont celle du principe légaliste[1296]. En outre, une telle interprétation des dispositions des directives de droit pénal européen impliquerait l'intervention du juge de Luxembourg qui détient seul cette compétence. Et même si la Cour de justice a déjà utilisé le principe de précaution comme un principe d'interprétation du droit communautaire[1297], son pouvoir est, au regard du principe légaliste prévu à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux, bien plus encadré en matière pénale. Ce qui renvoie

[1293] V. *supra* n° 13.
[1294] Article 3 de la DIRECTIVE 2008/99/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.
[1295] Il pourrait s'agir de rechercher dans l'article 223-1 du Code pénal les éléments constitutifs des incriminations européennes « par négligence grave ». Sur l'opportunité du recours à l'article 223-1 du Code pénal, Michel PRIEUR considère que « c'est en quelque sorte la sanction pénale du non-respect du principe de précaution » (M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6e édition, 2011, p. 1037).
[1296] V. en ce sens pour la doctrine, J.-Ch. SAINT-PAU, *Les infractions de précaution*, RPDP, n°2, avril/juin 2015, p. 265, spé. p. 275 et s. V. également, la Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le risque*, 2011.
[1297] Comme par exemple dans l'affaire dite de « la vache folle » : CJCE, Royaume-Uni c. Conseil, 5 mai 1998, aff. C-180/96.

d'ailleurs aux rapports déjà fragiles entre les termes généraux utilisés dans le droit pénal dérivé[1298] et les exigences du principe de légalité criminelle en termes de précision et de clarté. Le droit pénal européen est ici confronté à ses limites, et l'ordre juridique de l'Union européenne, malgré son potentiel, à ses inconsistances…expliquant ainsi que ce principe de précaution que l'on pouvait attendre ne viendra peut-être jamais.

[1298] V. *supra*, n°4.

PARTIE 2 – AMÉRIQUE DU SUD

1. BRÉSIL

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE BRÉSILIEN: LES LIMITES DE SA MISE EN ŒUVRE PAR LES TRIBUNAUX BRÉSILIENS

Carina Costa de Oliveira*
Igor da Silva Barbosa**

A. L'applicabilité du principe de précaution par des tribunaux brésiliens
1) L'influence du principe sur les exigences liées à l'autorisation administrative pour les activités potentiellemente polluantes
2) L'influence du principe sur le renversement de la charge de la preuve
B. La mise en œuvre inappropriée en raison des bases conceptuelles imprécises du principe
1) Le régime juridique indéfini du principe au Brésil
2) L'inexistence de critères objectifs pour la prévisibilité de l'utilisation du principe
i) Critères pour appliquer le principe de précaution à un cas concret
ii) Critères liées aux mesures juridiques basées sur le principe de précaution

Introduction

1. Le principe de précaution a une influence sur le droit de la responsabilité civile brésilien. Il y a une contribution évidente, par exemple, dans le cadre de la prévention des dommages environnementaux car les autorités publiques peuvent interdire ou suspendre des activités potentiellement polluantes. Cependant, la mise en œuvre du principe par les tribunaux brésiliens n'est pas complètement appropriée car elle n'est pas fondée sur des bases conceptuelles précises. Il est important de présenter brièvement la conception normative et jurisprudentielle

du principe au Brésil, d'indiquer sa place dans le droit de la responsabilité civile et dans la fonction réparatrice et préventive.

2. Au Brésil, en matière de droit de l'environnement, le principe est explicite dans plusieurs normes infra-constitutionnelles, notamment dans le Décret de 2004 qui règlemente la zone côtière[1299], dans la loi qui prévoit les règles pour la gestion des organismes génétiquement modifiés de 2005[1300], dans la politique nationale sur les changements climatiques de 2009[1301] et dans la politique nationale sur les déchets solides de 2010[1302].

3. Le principe est aussi prévu de manière implicite dans la Constitution Fédérale. L'article 225, paragraphe premier, alinéa V établit que: "Art. 225. Chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré qui est un bien d'utilité public et essentiel à une qualité de vie saine ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe à la puissance publique et à la collectivité. Paragraphe premier : Pour assurer le caractère effectif de ce droit, il appartient à la puissance publique : […] (v) - de contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques, de méthodes ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de la vie et l'environnement".[1303]

---

* Professeure en droit international et en droit de l'environnement à l'Université de Brasília (UNB). Directrice du Groupe de Recherche sur le droit, ressources naturelles et durabilité de la Faculté de Droit de l'UnB. Docteur en droit à Paris II, Panthéon-Assas.
** Chercheur dans le cadre du Master à la Faculté de Droit de l'Université de Brasília (UNB). Diplomate au Ministère des Affaires Etrangères du Brésil, attaché à la Coordination-Générale de Reglément des Différends à l'OMC.

1299Article 5ème, X, du Décret fédéral brésilien 5.300 du 7.12.2004 , qui réglemente la Loi nº 7.661, du 16 mai 1988 instituant le Plan National de Gestion Côtière.

1300 Art.1er de la loi fédérale brésilienne 11.105 du 24.03.2005 qui établit des normes de sécurité et de contrôle des activités liées aux organismes génétiquement modifiés.

1301Article 3ème, de la loi fédérale brésilienne 12.187 du 29.12.2009, Politique Nationale sur les Changements Climatiques.

1302 Article 6ème, I, de la loi fédérale brésilienne 12.305 du 2.08.2010, Politique Nationale des Déchets Solides.

1303 Pour la traduction en français de la Constitution brésilienne voir: http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=218254.

4. Étant donné que le texte se réfère à l'obligation des puissances publiques d'agir lorsqu'il y a un risque, cela peut être implicitement compris comme une application du principe de précaution. Même si cette prévision n'est pas explicite, des normes infra-constitutionnelles contribuent à sa mise en oeuvre. La jurisprudence s'est déjà manifestée depuis l'année 2000 à propos de son application dans les cas, par exemple, du soja génétiquement modifié[1304], des plantes bio-insecticides[1305], des champs électromagnétiques[1306], des constructions des barrages[1307], des déversements d'hydrocarbures[1308].

5. À propos de la place du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile[1309], il peut être constaté qu'il a surtout influencé la flexibilité du lien de causalité[1310], par exemple, en opérant le renversement de la charge de la preuve du dommage[1311]. Concernant la faute, en matière de dommages environnementaux, il n'est pas nécessaire de la démontrer car la responsabilité est objective. Pour ce motif, il n'y a pas eu d'influence du principe sur la faute.

6. Le dommage (ou la potentialité du dommage) et le lien de causalité doivent être démontrés dans les cas des dommages environnementaux[1312]. Il y a déjà eu une flexibilisation de la preuve du lien de causalité, par le biais du principe de précaution, dans des cas de risques considérés graves. Dans quelques affaires, la charge de la preuve a été imputée à celui qui propose une activité ou un produit nouveau, susceptible d'entraîner un risque significatif. Une décision a précisé que "celui qui a

1304 TRF *1ª. região*, *Apelação cível* nº 2000.01.00.014661-1/DF, Décision du 8 août 2000.
1305 TRF 1ª região, *Apelação cível* n. 2001.34.00.010329-1/DF, décision du 12 fév. 2004; STJ, *AgRg na MC* 14.446/ RS, décision du 21 oct 2008.
1306 STF, *Repercussão geral no Rec. Extraord.* n. 627.189SP/2011, décision du 22 sept 2011; STJ, *AgRg na Medida Cautelar* n. 17.449/ RJ, décision du 22 sept 2011.
1307 STJ, *Resp* n.1330027/ SP, *3ª. turma*, décision du 11 juin 2012.
1308 TRF 2, *Agravo de instrumento* n. 0004075-70.2012.4.02.0000, décision du 31 juil 2012.
1309 Voir à ce propos: M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005.
1310 STJ, *Resp* 769.753/SC, décision du 08 sept 2009.
1311 STJ, *Resp* 1330027/SP, *3ª. turma*, décision du 11 juin 2012; TRF 2, *Agravo de instrumento* n. 0004075-70.2012.4.02.0000, 5ª. turma, décision du 31 juil 2012; STJ, *Resp* nº 883.656 - RS (2006/0145139-9), décision du 9 mars 2010; STJ, *Resp* nº 972.902 - RS (2007/0175882-0), décision du 25 août 2009.
1312 À ce propos voir: J.R.M.LEITE; P.A. AYALA, Patryck de Araújo, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática,* 6. ed, São Paulo, Ed. RT, 2014.

créé un risque de dommages environnementaux a le devoir de réparer les dommages causés et, dans ce contexte, il y a un renversement de la charge de la preuve pour qu'il puisse prouver que sa conduite n'a pas été nocive. Pour cette raison, il est possible de renverser la charge de la preuve au bénéfice de la société qui a le droit à une réparation ou à une compensation pour une éventuelle pratique attentatoire à l'environnement"[1313].

7. Le principe de précaution a une fonction plutôt préventive que réparatrice en droit de la responsabilité civile brésilien. Dans les deux cas, le principe oriente l'intervention du pouvoir public en cas de preuves concrètes de risques graves et irréversibles. En ce qui concerne la prévention[1314], le principe met en avant des mesures qui puissent inclure des restrictions temporaires, des annulations des autorisations[1315] et des compromis avec la continuation des recherches techniques ou scientifiques sur la matière. La place réparatrice peut être observée, par exemple, dans les cas de renversement de la charge de la preuve[1316].

8. Cependant, la mise en œuvre du principe a des limites liées aux bases conceptuelles imprécises utilisées par les tribunaux brésiliens. Le principe est parfois vu comme une règle qui doit être à tout prix appliquée[1317]. Il n'y a pas une analyse de son application lorsqu'il s'agit d'opérer un équilibre des intérêts en présence. Cela peut être constaté car les décisions ne précisent pas sur quels critères elles se basent pour adopter ou pas le principe en tant que norme applicable au cas concret[1318]. Il ressort de ce

1313 STJ, *Resp* n. 1049822/RS, décision du 23 avril 2009. Dans le même sens: STJ, *Resp* nº 972.902/RS (2007/0175882-0), décision du 25 août 2009.

1314STJ, Resp nº 592.682/RS, décision du 6 déc. 2005; STJ, Resp 1172553 / PR, 1ª. Turma, Jugement du 27 mai 2014.

1315TRF 1ª região, *Apelação cível* n. 2001.34.00.010329-1/DF, décision du 12 fév. 2004.

1316 STJ, Resp 1330027/ SP, 3ª. turma, décision du 11 juin 2012; TRF 2, Agravo de instrumento 0004075-70.2012.4.02.0000, 5ª. turma, Décision du 31 juil 2012; STJ, Resp nº 883.656 - RS (2006/0145139-9) décision du 9 mars 2010; STJ, Resp Nº 972.902 - RS (2007/0175882-0), décision du 25 août 2009.

1317 STJ, *AgRg na Suspensão de Liminar e sentença* 1279/PR, décision du 16 mars 2011.

1318Pour qu'il ait un niveau approprié de protection de l'environnement, quelques critères pourraient être utilisés : probabilité de l'occurrence du dommage; tolérance du dommage; ampleur des conséquences nocives du dommage; décision fondée sur des expertises; analyse des alternatives technologiques ou des technologies disponibles ; adéquation aux normes techniques ; proportionnalité entre les avantages et les inconvénients de l'activité. Voir à ce propos: C. NOIVILLE, "Ciência, Decisão, Ação: três observações em torno do princípio da precaução", In: M.D.,

contexte l'importance d'analyser l'applicabilité du principe de précaution par des tribunaux brésiliens (A), une utilisation cependant limitée par les imprécisions liées aux bases conceptuelles peu claires du principe tel qu'appliqué par ces mêmes tribunaux (B).

A. L'applicabilité du principe de précaution par des tribunaux brésiliens

9. Les tribunaux brésiliens interprétent le príncipe de précaution d'une manière préventive et réparatrice. Au-délà de l'application dans le cadre de la responsabilité civile, les organes administratifs doivent prendre en compte le principe de précaution lors de l'application des mesures dans le cas des infractions administratives et des sanctions pénales, comme il est prévu, par exemple, à l'article 54 paragraphe 3 de la Loi 9.605 du 12 février 1998 sur les infractions administratives et des sanctions pénales à l'environnement. Ces mesures administratives peuvent être contestées auprès du pouvoir judiciaire au Brésil. Les risques certains et incertains sont visés, ce qui impose l'adoption de mesures provisoires et de procédures d'évaluation des risques. En fonction du sujet, le principe a une influence sur les mesures qui doivent être adoptées dans le cadre des autorisations administratives des activités potentiellement polluantes (1) ainsi qu'en ce qui concerne la charge de la preuve dans le cas de la réparation des dommages (2).

1) L'influence du principe sur les exigences liées à l'autorisation administrative pour les activités potentillement polluantes

10. Le principe de précaution peut être interpreté dans le cadre des autorisations administratives des activités potentiellement polluantes qui peuvent être remises en cause devant le pouvoir judiciare. La manière dont le principe est interprété peut être constatée en ce qui concerne les questions liées à l'exigence des informations préalables dans le cas des dommages environnementaux potentiels comme, par exemple, l'étude d'impact environnemental et l'annulation des autorisations

VARELLA (org.), *Governo dos Riscos: Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos*, Brasília, 2005, p. 32-45.

administratives qui sont octroyées par des institutions qui ne suivent pas toutes les procédures de prévention nécessaires pour qu'un dommage n'ait pas lieu.

11. Un premier exemple de la mise en oeuvre du principe dans le cadre de la prévention des dommages peut être constaté dans des affaires qui exigent — comme obligation de faire —, la réalisation des études sur l'impact environnemental dans des cas où il n'y a pas une prévision normative sur l'exigence de la réalisation de cette étude. L'exemple le plus évident est celui des organismes génétiquement modifiés (OGMs)[1319]. Une affaire sur cette question a été portée par l'Institut de défense du consommateur dans le contexte de la justice fédérale[1320]. Le tribunal de première instance a décidé que le principe de précaution exige des mesures qui puissent garantir la certitude de la protection de l'environnement et de la santé même sans une preuve scientifique sûre concernant les possibles impacts de cette activité. Une étude s'avérait nécessaire pour savoir si les OGMs pouvaient causer des dommages à la santé et à l'environnement. En revanche, dans la décision rendue en deuxième instance, le tribunal n'a pas appliqué le principe car des études avaient été faites et des normes spécifiques avaient été éditées concernant la sécurité alimentaire, le commerce et les étiquetages[1321]. Cette affaire a eu un effet intéressant concernant la contribution de la décision de première instance pour que des normes plus spécifiques sur le sujet puissent être élaborées.

12. Le principe a été interpreté dans le même sens, concernant la nécessité de réaliser des études, dans le contexte des décisions sur la construction de barrages. Une décision a souligné que même

1319 TRF 1, 2000.01.00.014661-1/DF, décision du 8 août 2000. Dans le sens contraire voir: Resp nº 592.682/RS (2003/0167167-4), décision du 6 déc. 2005. Sur ce sujet voir: C.A.P. FIORILLO, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 14. Ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 918-922.

1320 Le Brésil comporte deux ordres juridictionnels distincts : la Justice Fédérale et la Justice Ordinaire. Les compétences rappellent un peu la dichotomie française entre Tribunaux Administratifs et Tribunaux Civils avec la spécificité de l'organisation fédérale qui fait que les tribunaux fédéraux n'ont pas compétence pour traiter les différends engageant la sphère administrative des États de la fédération. Il y a cinq Tribunaux Régionaux Fédéraux au Brésil ce qui est un chiffre bien inférieur au Tribunaux de Justice qui sont les organes de seconde instance de la justice des États de la fédération. L'article 109 de la Constitution fédérale établit la compétence procédurale de la justice fédérale pour juger: "les causes dans lesquelles l'Union, les entités administratives ou les entreprises publiques fédérales seraient intéressées em tant que demanderesses, défenderesses, assistantes ou opposantse".

1321 Par exemple, Décret 8.971/2001, Décret 4680/2003.

quand il n'y a pas des normes sur l'exigence des études d'impact dans ce domaine, la présentation de ces études est exigée afin de mettre en œuvre le principe de précaution[1322].

13. De plus, la mise en pratique de la prévention peut être constatée dans le cas de l'exigence des informations sur les dommages qui peuvent être causés, par exemple, par des OGMs. Dans une affaire[1323] sur la libéralisation de la culture et du commerce d'un OGM (par exemple du coton), l'organe administratif compétent n'avait pas autorisé les activités citées car il n'y avait pas des informations précises sur les possibles conséquences pour la santé et pour l'environnement du produit sous analyse. La décision du tribunal a confirmé la décision administrative. Dans des cas où les connaissances scientifiques étaient, selon le tribunal, plus probantes, le principe n'a pas été appliqué, comme dans le cas du maïs modifié[1324].

14. L'annulation des autorisations administratives qui avaient été octroyées par les institutions sans suivre des procédures prévues dans la loi est aussi un exemple des effets de la mise en œuvre du principe de précaution. Un cas emblématique sur ce sujet a été celui sur les experimentations avec des plantes bioinsecticides qui a été présenté par le Ministère Public Fédéral par le biais d'une action civile publique contre l'*União*[1325]. Il y avait des illegalités dans les cultures de graines OGMs qui fonctionnaient comme des agents biologiques de contrôle des ravageurs/parasites. Dans ce cas, il n'y avait pas eu l'exigence de l'enregistrement - *Registro Especial Temporário* (RET) - des entreprises de biotecnologie[1326] par l'organisation compétente pour ce registre. Comme ces plantes produisaient des risques incertains pour une grande variété d'insectes qui n'étaient pas forcement nocifs aux plantes, le principe de précaution a été invoqué pour demander plus d'études pour mieux connaître les effets de cette plante sur l'environnement et sur la santé. Les juges de première et de deuxième instance ont jugé en faveur de la demande de mesures provisoires et ont suspendu les autorisations sur le fond .

1322 STJ, *Resp* 1172553 / PR, 1ª. Turma, décision du 27 mai 2014.
1323 STJ, *MS* n. 16.074 - DF (2011/0012318-0), décision du 31 août 2012.
1324 TRF 4ª. região, *Apelação cível* n. 502088411.2013.404.7000/PR**,** décision du 17 juill 2015.
1325 Personne juridique répresentant aux affaires internes le pouvoir du gouvernement féderale au Brésil.
1326 TRF *1ª região*, *Apelação cível* n. 2001.34.00.010329-1/DF, décision du 12 fév. 2004.

15. On peut citer, dans le même sens, des litiges relatifs à l'émission d'ondes électromagnétiques et l'installation des antennes relais dans la jurisprudence brésilienne. Il existe des décisions de première et de deuxième instance fondées sur le principe de précaution. Des mesures comme l'interruption de la construction des lignes de transmission en raison des risques pour la santé et pour l'environnement ont été adoptées ainsi que des décisions qui ont permis la continuation des constructions[1327]. Toutes ces actions ont été réunies dans une seule procédure devant la Cour suprême pour qu'une décision unique soit rendue[1328], ce qui n'a pas encore été fait.

16. Ce raisonnement peut aussi être vu dans des cas d'exploitation de pétrole dans le plateau continental[1329]. Dans une affaire relatif à une demande de mesure provisoire jugée par la Cour d'appel entre le Ministère Public Fédéral et l'entreprise Chevron du Brésil et Transocean Brésil, la décision a été dans le sens de l'interruption de l'activité d'exploitation de pétrole jusqu'à ce que : a) les entreprises établissent des procédures liées à la mise en oeuvre du Plan d'abandon de puits (*abandono do poço)*, prévoyant une amende d'environ 100 millions d'euros (*quinhentos milhões de reais*) en cas d'échec de la mise en oeuvre de la décision ; (b) des études plus approfondies sur le sujet soient faites. Des études complémentaires ont aussi été exigées dans des cas de construction de barrages[1330].

17. Dans le sens contraire — où il n'y a pas eu une annulation des autorisations administratives octroyées — une décision du *Superior Tribunal de Justiça* (STJ)[1331] a été rendue affirmant qu'il n'était pas raisonnable et proportionnel d'interrompre une activité de construction d'un barrage. Dans ce cas, qui concerne la construction d'un barrage sur la rivière Tibagi/PR (UHE Mauá, Municipalité Telêmaco Borba), la Cour d'appel avait suspendu l'autorisation en raison des risques incertains que l'activité pouvait causer à l'environnement. La décision du STJ sur cette suspension a fait valoir que l'activité ne pouvait pas être suspendue car les autorisations avaient été octroyées avec des

1327 STJ, *AgRg na Medida cautelar* nº 17.449 - RJ (2010/0192676-9), décision du 22 sept 2011.
1328 STF, *Repercussão geral no Rec. Extraord.* n. 627.189SP/2011, décision du 22 sept 2011; STJ, *AgRg na Medida Cautelar* n. 17.449 – RJ (2010/0192676-9), décision du 22 sept 2011.
1329 TRF 2, *Agravo de instrumento* 0004075-70.2012.4.02.0000, *5ª. turma*, décision du 31 juil 2012.
1330STJ, 1863/PR, décision du 18 fév. 2009.
1331 STJ, 1863/PR, décision du 18 fév. 2009.

exigences spécifiques qui étaient en train d'être accomplies par l'entreprise. Suivant le raisonnement du tribunal, la suspension de la construction aurait, d'une part, des effets sur l'ordre économique, administratif et social et, de l'autre, la protection de l'environnement avait déjà été l'objet de contrôle.

18. Il est important de souligner que des mesures d'annulation des autorisations administratives entraînant la suspension ou l'interruption des activités ont été déjà rendues par les tribunaux. En revanche, les critères qui sont utilisés pour que cette mesure puisse être le résultat de la décision ne sont pas clairs. Une autre interprétation intéressante du principe, dans le contexte de la réparation des dommages, concerne l'effet de l'inversion de la charge de la preuve.

2) L'influence du principe sur l'inversion de la charge de la preuve

19. Dans le contexte du droit de la responsabilité civile, le principe de précaution a conduit à une flexibilité du lien de causalité[1332], par exemple, par le renversement de la charge de la preuve du dommage[1333]. Des affaires sur la construction des barrages[1334] et sur l'explotation du pétrole[1335] peuvent être citées. Les limites de cette constation sont liées au manquement des critères qui puissent garantir cet effet par le biais du principe de précaution. Il est important de présenter les conditions exigées opérer un renversement de la charge de la preuve au Brésil et, ensuite, la manière par laquelle le principe est appliqué dans le cadre des dommages environnementaux.

20. Les arguments principaux qui justifient le renversement de la charge de la preuve sont prévus dans la loi sur l'Action Civile Publique, art. 21 (Loi 7.347/1985) et le Code de la

1332 STJ, *Resp* n. 769.753/SC, décision du 9 sept 2009.
1333 STJ, *Resp* n. 1330027/ SP, *3ª. turma*, décision du 11/6/2012; TRF 2, *Agravo de instrumento* n.0004075-70.2012.4.02.0000, 5ª. turma, décision du 31 juillet 2012. Voir sur le sujet: P.A.L.MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*. 21ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 117-118; E. MILARÉ. *Direito do ambiente*, 9ª. ed. São Paulo, RT, 2014, p. 1499-1515.
1334 STJ, *Resp* 1330027 / SP, *3ª. turma*, décision du 11 juin 2012.
1335 STJ, *Resp* 883656/RS, décision du 9 mars 2010.

Consomation, art. 6 , VIII[1336]. Il s'agit des exceptions à la règle générale prévue dans le Code de procédure, article 333, I, qui prévoit que c'est à l'auteur de prouver qu'il a un droit spécifique. Les critères pour que le renversement soit possible, dans le cadre de la procédure civile, sont : la prévision normative sur cette possibilité et la condition de "partie faible" du demandeur dans le cadre de la la procédure (*hipossuficiência*) . Ces critères sont remplis dans quelques cas, par exemple, celui des pêcheurs opposés aux entreprises dans le cadre d'une construction d'un barrage. En revanche, le deuxième critère bénéficie d'une interprétation qui commence à être majoritaire, mais qui doit être l'objet d'analyses plus précises de la part des juges.

21. Dans une affaire sur la construction d'un barrage[1337], ce dernier a été mis en cause en raison des problèmes causés à la faune aquatique de la rivière Paraná et des effets sur les activités des pêcheurs de cette région. Ceux-ci ont demandé des dommages-intérêts en raison des pertes liées à leur activité économique. Dans la décision de première instance et de la Cour d'appel, leur demande n'a pas été acceptée en raison du manque des preuves scientifiques sur le lien de causalité entre la construction du barrage et les impacts sur la faune aquatique. En revanche, dans la décision du STJ, en tenant compte des affaires précedentes[1338], il y a eu une admission de la responsabilité de l'entreprise si elle ne parvenait pas à démontrer que la construction du barrage n'avait pas de lien de causalité avec les impacts sur la faune aquatique et sur les activités comme la pêche. **Le STJ a, partant, renversé la charge de la preuve en faveur des pêcheurs et non des entreprises qui auraient potentiellement commis le dommage.** Le principe de précaution a été l'une des sources utilisées pour justifier le renversement de la charge de la preuve de manière complémentaire aux arguments liés à la procédure (prévision normative de cette possibilité et condition de partie faible du démandeur). Sans analyser ici s'il s'agissait, d'une application du principe de prévention ou de précaution, il peut être constaté que le principe a eu un effet

1336Il y a des auteurs qui compreenent qu'il n'y a pas un dispositif qui permet le renversement de la charge de la preuve en matière de droit de l'environnemnet. Le dispositif existe seulement pour la matière du droit de la consomation. Voir l'analyse du sujet faite par: E. MILARÉ. *Direito do ambiente*, 9ª. ed. São Paulo, RT, 2014, p. 1499.

1337 STJ Resp 1330027 / SP, *3ª. turma*, décision du 11 juin 2012.

1338 STJ, REsp 1.049.822/RS, décision du 23 avril 2009.

dans l'analyse de la responsabilité civile environnementale, en respectant les critères du droit de la procédure civile en ce qui concerne le renversement de la charge de la preuve.

22. Toutefois, il existe des décisions qui ont interprété l'élement de la partie faible dans la procédure d'une manière différente de celle du droit de la procédure classique. Dans une affaire jugée par le STJ[1339], l'application du principe de précaution a eu un effet de renversement de la charge de la preuve dans un cas où le demandeur était le Ministère Public et le défendeur une entreprise privée. Le défendeur a soutenu que le Ministère Public ne remplissait pas la condition d'être une partie faible dans la procédure pour que le renversement de la charge de la preuve soit applicable. Le STJ a confirmé la décision de la Cour d'appel dans le sens que le renversement de la preuve se justifie car "l'entrepreneur de l'activité potentiellement dangereuse doit démontrer que ses services sont sûrs" (...) "que le caractère publique et collectif du bien objet de la protection juridique justifie le renversement de la charge de la preuve" et, considérant que le Ministère Public est le représentant de la société, le renversement de la charge de la preuve se justifie en faveur de la société et du bien objet de la protection qui sont les parties les plus faibles de la procédure. Dans une affaire sur le déversement de mercure dans la mer[1340], le raisonnement a été similaire. Dans ce dernier cas le principe de précaution a été interpreté de manière conjointe avec d'autres principes, comme le principe "in dubio pro natura"[1341] et de la bonne foi, dans le sens qu'il s'agissait de "la base pour justifier qu'il appartient à l'entrepreneur de démontrer que son activité prend en compte la protection de l'environnement".

23. Il ressort de ces affaires que dans le cadre des dommages environnementaux, le renversement de la charge de la preuve est justifié par des arguments substantiels et pas par des arguments de procédure. La constatation par le juge d'un objet de nature collective, comme l'environnement, l'autorise à decider en faveur du renversement de la charge de la preuve. La partie la plus faible, dans ces contextes, serait la société et le bien sous tutelle. L'interpretation de la partie faible dans ce contexte est complètement différente de l'interpretation donnée dans le cadre de la procédure

1339 STJ, *Resp* nº 972.902 - RS (2007/0175882-0), décision du 25 août 2009.
1340STJ, *Resp* nº 883656/RS, décision du 9 mars 2010.
1341 Voir sur le sujet: N.S.BRYNER, "*In dubio pro natura*: a principle for strengthening environmental rule of law", *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, 2015 p. 245 – 258.

civile classique. Il y a une confusion entre des outils de procédure et des outils de substance, ce qui est techniquement possible, mais en tenant compte de la garantie d'une sécurité juridique aux parties en ce qui concerne les règles applicables. Les critères basés seulement sur des principes pour justifier le renversement de la charge de la preuve dans des cas de dommages environnementaux ne sont pas suffisants. Les lacunes concernant la nature juridique du principe et des critères qui doivent être utilisés pour sa mise en œuvre feront l'objet de la prochaine partie de l'article.

B. La mise en œuvre inappropriée en raison des bases conceptuelles imprécises du principe

24. Le principe de précaution souffre d'une mise en œuvre inappropriée au Brésil en raison d'une perception imprécise des bases conceptuelles du principe par les juges. Pour bien analyser cette situation, il est important de démontrer d'une manière générale les bases conceptuelles du principe dans le cadre du droit brésilien en ayant pour base le droit international public.

25. Le principe de précaution s'est développé en suivant le cheminement typique des normes environnementales : premièrement, le principe a été consacré dans des déclarations politiques non contraignantes; dans un deuxième temps, le principe a commencé à faire partie des préambules des

traités[1342] ; et, finalement, la norme a été fixée dans quelques dispositifs opérationnels[1343] de conventions environnementales spécifiques[1344].

26. En dépit de ce développement et de l'adoption du principe de précaution dans plusieurs ordres juridiques national, régional et international, son utilisation est encore controversée[1345]. Le principal argument pour refuser une normativité indépendante au principe de précaution est celui de la définition assez vague du principe, compte tenu de la multiplication d'interprétations et de finalités auxquelles il s'adresse[1346].

27. La situation au Brésil concernant sa mise en œuvre n'est pas très différente. Cependant, contrairement à ce qui se passe dans le cadre du droit international de l'environnement, il n'y a pas de

---

1342 Préambule de la Convention sur la diversité biologique (CDB), par exemple.

1343 Le principe a été formalisé à l'origine par la Déclaration paneuropéenne de Bergen de 1990. Après cette première apparition, le principe a aussi été formulée dans successives conventions, *e.g.* la Convention de Bamako de 1991 sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique (article 4, §3) ; la Déclaration de Rio de 1992 (principe 15) ; la Convention-cadre de 1992 sur les changements climatiques (article 3, §3) ; la Convention sur la diversité biologique (préambule) ; Convention de Sofia de 1994 sur la protection du Danube (article 2, §4). Pour plusieurs exemples, voir P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International Public,* LGDJ Lextenso éditions, 2009. p. 1453; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R.L MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, 3rd edition, Cambrigde, 2012, p. 217-228; A. KISS; J.P. BEURIER, *Droit international de l'environnement* , 4ème éd, Paris, Pedone, 2010, p. 156-158; M. BOUTONNET**,** « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français **:** un bilan en demi-teinte », 10 McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y 105 2014; S. MALJEAN-DUBOIS, *Quel droit pour l'environnement?* Paris, Hachette Supérieur, 2008 aux pp 75-82; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 58-72.

1344 J. ELLIS, « Overexploitation of a Valuable Resource ? New Literature on the Precautionary Principle », In : *The European Journal of International Law*. Vol. 17, n. 2, 2006. p. 445.

1345 P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, 2009. p. 155. A titre d'exemples de l'hésitation de la jurisprudence sur le principe de précaution, voir CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabickovo-Nagymaros, Rec.,* p. 68, §114, et aussi ORD, groupe spécial, rapport du 29 septembre 2006, *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, § 7.88-7.89.

1346 La pluralité des buts du principe de précaution reste évidente à partir de l'analyse de la variété des matières des conventions qui lui consacrent : le principe de précaution peut être général, au cas des Déclarations de Bergen et du Rio, ou spécifique, aux cas de la Convention de Bamako (déchets dangereux), de la UNFCCC (changement climatique), de la convention de Sofia (protection d'un fleuve), Protocole de Cartagena (organismes génétiquement modifiés).

doute sur l'existence des obligations liées au principe de précaution. En raison de la prévision implicite dans le texte de la Constitution Fédérale de 1988, notamment à l'article 225, paragraphe premier, V, et aussi de la prévision explicite dans de nombreux dispositifs de la législation ordinaire[1347], les juges brésiliens ont l'habitude d'utiliser le principe de précaution comme une règle de droit, comme la principale source d'argumentation – une espèce d'argument d'autorité – devant une quantité assez grande de problèmes juridiques environnementaux, d'une façon peu précise, au détriment de la sécurité juridique. De cette manière, le principe est perçu comme une norme qui doit être appliquée en faveur de l'environnement, indépendamment des analyses préalables sur la manière dont le principe doit être interprété.

28. Partant, il est important d'analyser l'absence d'un régime juridique défini pour le principe (1), ainsi que l'inexistence dans le système juridique brésilien d'une liste de critères qui doivent être observés au moment de la mise en œuvre du principe (2).

1) Le régime juridique indéfini du principe au Brésil

29. Le principe de précaution n'a pas un régime juridique clairement défini au Brésil[1348]. Cette constatation peut être faite, principalement, à partir de la méconnaissance des juges de la logique qui a contribué à l'apparition de ce principe en droit international de l'environnement, méconnaissance qui conduit à une confusion entre le principe de précaution en tant que principe, et en tant que règle de droit. Il y a même une confusion entre le contenu du principe de précaution avec le contenu du principe de

1347 Article 5ème, X, du Décret fédéral brésilien 5.300 du 7 décembre 2004, qui réglemente la Loi no 7.661, du 16 mai 1988, instituant le Plan National de Gestion Côtière ; Article 1er de la loi fédérale brésilienne 11.105, du 24 mars 2005, qui établit des normes de sécurité et de contrôle des activités liées aux organismes génétiquement modifiés ; Article 3ème, de la loi fédérale brésilienne 12.187, du 29 décembre 2009, créant la Politique Nationale sur les Changements Climatiques ; et Article 6ème, I, de la loi fédérale brésilienne 12.305, du 2 février 2010, au cadre de la Politique Nationale des Déchets Solides.

1348 Quelques auteurs démontrent cette confusion au Brésil. Voir: E. MILARÉ. *Direito do ambiente*, 9ª. ed. São Paulo, RT, 2014, p. 264-268.

prévention[1349]. Il y a aussi des occasions lors desquelles le principe est seulement mentionné dans les décisions sans une analyse minimale des raisons de son utilisation[1350]. Cela résulte d'une banalisation du principe, c'est-à-dire, d'un éloignement, en pratique, de sa raison d'être.

30. Le principe de précaution a conceptuellement comme caractéristique générale celle de prévenir un dommage environnemental, mais ce principe se distingue de la prévention en raison du risque qu'il doit éviter. L'application du principe de prévention est faite lorsque les dangers résultants d'une activité économique sont connus, même si une incertitude minimale sur la survenance ou sur la gravité ou la dimension du dommage existe[1351]. Il est certain que l'exposition au danger conduit au dommage et à un droit à réparation. À son tour, le principe de précaution doit être utilisé lorsqu'il y a un risque dont les répercussions à l'environnement ou à la santé ne sont pas connues. Le principe a la fonction de limiter le risque car le risque zéro est impossible d'éviter[1352]. L'incertitude scientifique sur les conséquences de chaque activité est l'élément distinctif central entre les deux principes[1353]. Pour que le principe de précaution soit utilisé les conséquences du risque doivent être graves et irréversibles[1354],

1349 Il y a des auteurs qui affirment que le principe de précaution doit être analysé de la même façon que le principe de prévention. C.A.P. FIORILLO, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 14. Ed, São Paulo, Saraiva, 2013, pp.122-126

1350 Par exemple, TRF 1er région, *Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública,* n. 0031223-88.2009.4.01.0000/BA, décision du 08 février 2013, et *Remessa ex officio em Mandado de Segurança* n. 0043161-04.2010.4.01.3700/MA, décision du 06 mars 2013.

1351 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durabl*e, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 60; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R.L MACKENZIE, *Principles of International Environmental law*, 3rd edition, Cambrigde, 2012, p. 218; P.A.L. MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*. 21ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p.99.

1352C. NOIVILLE. « Ciência, Decisão e Ação: três observações em torno do princípio da precaução ». M.D. VARELLA (org.). *Governo dos Riscos. Brasília: Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos*, 2005, p. 37.

1353 P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International Public,* LGDJ Lextenso éditions, 2009. p. 1453.

1354Article 54, paragraphe 3, de la Loi n. 9.605/1998 sur les infractions administratives et les sanctions pénales environnementales. Voir aussi : P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL. *International Law & the Environment*. Oxford University Press, 2009. p. 153; M. BOUTONNET**,** « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français **:** un bilan en demi-teinte », 10 McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y 105 2014, p. 110.

c'est-à dire, le principe a un champ d'application limité. Cela n'est pas considéré par la jurisprudence brésilienne[1355].

31. Les juges brésiliens, même au niveau des tribunaux supérieurs, appliquent le principe de précaution à situations où le principe de prévention devrait régir la matière. Il y a quelques exemples de cette confusion, même dans le cadre de la Cour Constitutionnelle Brésilienne, le *« Supremo Tribunal Federal (STF) »,* et du STJ, chargé généralement de l'harmonisation des normes infra-constitutionnelles. Concernant la deuxième instance (Cour d'appel), une étude[1356] a examiné des décisions concernant l'application du principe de précaution entre 2013 et 2014 du TRF de la première région (il y en a 5 TRFs)[1357]. Il a été constaté que sur un total de 57 décisions où le principe de précaution a été mentionné, 32 n'ont pas fait une analyse de la possibilité d'utiliser le principe en ayant comme base des critères spécifiques connectés à la gravité ou à l'irréversibilité du dommage[1358].

32. Dans le cas du STJ, on peut mentionner comme exemple le jugement du cas 1279/PR[1359]. La situation appréciée concernait l'installation d'un site d'enfouissement dans une zone de protection environnementale proche d'un aquifère. Dans ce cas, les dangers qui peuvent être commis par cette entreprise sont connus, fait qui conduit à la nécessite d'adopter des mesures à partir de l'application du principe de prévention. Le fait qu'on ne connaisse pas l'exacte dimension du possible dommage qui sera causé par l'activité ne justifie pas le recours au principe de précaution. Le STJ a interdit la conclusion de la construction du site en se fondant sur le principe de précaution, confirmant, par là-même le jugement

1355 TRF 1er région, *Agravo de Instrumento* n. 0018353-06.2012.4.01.0000/MA, décision du 31 juillet 2013 et TRF 1er région, *Apelação Cível* n. 0036559-29.2006.4.01.9199/PI, décision du 10 septembre 2013.

1356 F. R. FERREIRA. Recherche faite par Fabrício Ferreira dans le cadre d'une recherche conduite par le Groupe d'études sur le droit, les ressources naturelles et la durabilité (GERN) de la Faculté de Droit de l'Université de Brasília.

1357 Voir note de bas de Page n. 22 de cet article.

1358 Par exemple, TRF 1er région, *Apelação Cível* n. 0002591-78.2007.4.01.3700/MA, décision du 19 novembre 2014; TRF 1er région, *Apelação em Mandado de Segurança* n. 0012724-23.2009.4.01.3600/MT, décision du 15 octobre 2014 ; TRF 1er région, *Medida cautelar inominada* n. 0070024-73.2009.4.01.0000 (1)/MT, décision du 15 octobre 2014.

1359 STJ, AgRg na Suspensão de Liminar e sentença, 1279/PR, daté du 16 mars 2011.

en appel. D'autres décisions, par exemple, sur les brûlages de la paille de canne à sucre[1360], — activité encadrée par le droit brésilien pour ses effets nocifs sur l'environnement —, ont utilisé comme base juridique le principe de précaution.

33. La situation au sein du STF est aussi grave à cause de l'importance des décisions prises par cette Cour constitutionnelle. Il y a déjà eu des cas où le STF a confirmé une décision prise par un tribunal inférieur dans laquelle celui-ci a appliqué le principe dans une affaire où deux voisins se confrontaient dans un débat sur la conformité du niveau de bruit produit par le climatiseur avec la législation nationale[1361]. Dans une autre affaire[1362], un des juges de la Cour a affirmé qu'il serait nécessaire d'utiliser le principe de précaution pour justifier la compétence de la Justice Fédérale brésilienne pour juger les cas de commerce illégal d'animaux sauvages. Selon lui, « d'après ce principe de Droit international de l'environnement [précaution], les peuples doivent établir des mécanismes pour combattre préventivement les actions qui menacent l'utilisation soutenable des écosystèmes ».

34. Malgré les critiques qui ont été faites ci-avant, il faut reconnaître que les tribunaux ont contribué pour la mise en œuvre de l'application du principe de précaution au Brésil. Par exemple, dans le cadre d'introduction des organismes génétiquement modifiés dans le pays, les tribunaux ont joué un rôle central en interdisant la culture et le commerce des OGMs au Brésil avant de la réalisation d'études plus détaillés sur des effets environnementaux[1363], notamment en utilisant l'« étude d'impact environnemental » avant des autorisations[1364].

1360 STJ, *Recurso Especial* n. 965.078/SP, décision du 20 août 2009.
1361 STJ, *Agravo Regimental,* n. 781.547/ RS, décision du 09 février 2012.
1362 STF, *Recurso Extraordinário* n.737.977/SP, décision du 04 septembre 2014.
1363 Quelques auteurs font des références sur des possibles critères, mas sans les systématiser : P.A.L.MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*. 21ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 110-121.
1364 Encore sur le sujet des organismes génétiquement modifiés, le pouvoir judiciaire brésilien aura l'occasion de juger une action directe en inconstitutionnalité, qui demande l'annulation de la loi qui rège la matière au Brésil, la ADI 3526. Un des arguments proposés par le *Parquet* fédéral brésilien pour invalider quelques dispositifs de la loi 11.105 est celui de l'inobservance du principe de précaution.

35. La confusion autour de l'utilisation du principe de précaution au Brésil, démontrée dans les paragraphes antérieurs est aussi le résultat de l'absence des critères objectifs établis par des lois ou par la jurisprudence en ce qui concerne à la mise en œuvre du principe.

2) L'inexistence de critères objectifs pour la prévisibilité de l'utilisation du principe

36. Il n'y a pas, au Brésil, des normes ou des interprétations jurisprudentielles établissant des critères objectifs pour déterminer la mise en œuvre du principe de précaution[1365]. Dans ce contexte, il semble que le manque de critères objectifs est un des facteurs contribuant pour une utilisation banalisée, sans contenu précis et sans direction au Brésil. Il ressort de cette lacune un besoin de synthétiser des critères qui puissent être appliqués dans le cadre d'un cas concret (i) ainsi que les mesures juridiques qui peuvent être un effet de son utilisation (ii).

i) Critères pour appliquer le principe de précaution à un cas concret

37. L'interprétation du principe peut être plus objective si des critères liés à sa nature sont mis en œuvre. Les critères peuvent être synthétisés dans l'analyse des effets inconnus de l'activité polluante en raison de l'incertitude scientifique ainsi que la qualité des risques graves ou irréversibles pour l'environnement et pour la santé.

38. Le principe de précaution pourra être applicable, en tant que source juridique, dans le cas où il y a un risque lié à une incertitude scientifique. Ceci peut être identifié ou pas en raison des développements scientifiques. Si les effets du danger sont connus par la science, c'est-à-dire, s'il est

1365 L'Union Européenne, par exemple, a fait publier une liste détaillée indiquant les critères qui doivent être suivis par les autorités communautaires au moment de décider appliquer ou pas le principe de précaution. La liste est disponible sur le site suivant : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l32042>. Accès : septembre 2015.

certain que l'activité aura des répercussions négatives en l'absence de mesures préventives , le principe de prévention doit être appliqué.[1366]

39. De plus, pour que le principe de précaution soit appliqué, il est aussi nécessaire que les risques d'une activité soient graves, ou même irréversibles, comme il est prévu dans la loi sur les infractions et les crimes environnementaux, à l'article 54, paragraphe 3, de la Loi n. 9.605/1998. Ces critères ont été aussi prévus dans l'article 15 de la Déclaration de Rio[1367]. Considérant que les dommages soient graves ou irréversibles, il résulte qu'en cas de dommages tolérables par l'environnement le principe de précaution ne pourra pas être utilisé.

Après l'identification de ces critères, les mesures juridiques qui seront adoptées pour la mise en œuvre du principe doivent aussi être basées sur des critères.

ii) Critères liées aux mesures juridiques basées sur le principe de précaution

40. Les mesures juridiques procédurales et substantielles applicables pour réduire/éliminer les risques certains et incertains doivent être fondées sur des critères. Quelques critères peuvent être cités : la proportionnalité entre le risque et la mesure établie pour éliminer/réduire le risque ; l'adéquation de la mesure aux coûts sociaux et économiques ; et la précarité de la mesure[1368].

41. La mesure juridique ordonnée par le pouvoir administratif et judiciaire dans un contexte de risque, par le biais du principe de précaution, doit être proportionnelle au niveau de risque associée à

1366 P.A.L. MACHADO. "Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado". In: M.D. VARELLA, A.F. BARROS-PLATIAU (Orgs). O Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

1367 PRINCIPE 15 : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

1368 M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », 10 *McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y,* 105 2014, p. 111.

une telle activité économique. Compte tenu de cet aspect, les juges doivent choisir l'option de régulation (interdiction, réalisation d'études préalables, contrôle plus rigide, entre autres) qui soit strictement nécessaire pour la protection de l'environnement.

42. De plus, les mesures juridiques appliquées doivent être économiquement viables. Cette logique est explicitement présente dans la formulation du principe de precaution[1369] de la Déclaration de Rio. L'interdiction de la construction d'une industrie ou d'une activité de pêche dans une région pauvre au Brésil peut entraîner des conséquences sociales pour les individus qui comptent sur cette activité économique. Au Brésil, l'utilisation démesurée du principe « in dubio pro natura »[1370] peut ne pas prendre en considération les questions sociales.

43. La précarité de la mesure signifie qu'elle doit être transitoire, objet de révisions périodiques. Cette caractéristique est nécessaire justement vu l'incertitude, et garde une relation proche avec le fait que la science soit toujours en développement constante. Il y a des cas dans la jurisprudence brésilienne où l'on peut trouver des références à quelques critères indiqués dans la liste mentionnée plus haut[1371], mais normalement la mention des critères est faite d'une manière peu précise.

Conclusion

44. La mise en œuvre du principe de précaution au Brésil a des répercussions sur la responsabilité civile, davantage dans sa fonction préventive que réparatrice, mais il y a des limites en ce

1369 PRINCIPE 15 : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

1370Voir sur le sujet : N. S. BRYNER, « In Dubio Pro Natura : a principle for strengthening environmental rule of law », *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, 2015 p. 245 – 258. La jurisprudence brésilienne, spécifiquement le STJ a déjà accepté de façon ample le principe du « in dubio pro natura », voir : STJ, *Recurso Especia* n. 1.198.727/MG, décision du 14 août 2012 ; *Recurso Especial* n. 1.328.753/MG, décision du 28 mai 2013 ; *Recurso Especial n.* 1.367.923/RJ, décision du 27 août 2013.

1371STJ, *Agravo Regimental,* 1863/PR, décision du 18 février 2009. Dans ce cas, la Cour mentionne le critère de la proportionnalité et de ne pas affecter de manière importante l'économie.

qui concerne la précision de la nature juridique du principe et des critères qui doivent fonder son application par les autorités administratives et par les juges. Trois conclusions centrales peuvent être observées: 1) les autorisations administratives des activités potentiellement polluantes peuvent être modifiées par la mise en oeuvre du principe; 2) le renversement de la charge de la preuve est un effet conduisant à la flexibilisation du lien de causalité de la responsabilité civile; 3) il existe des limites s'agissant de l'interprétation du principe liées à la précision de sa nature juridique et à la prévision des critères plus objectifs pour son application.

45. Les autorisations administratives des activités caractérisées par un risque à l'environnement et à la santé peuvent être modifiées par le biais de l'interprétation du principe de précaution. Des changements peuvent être synthétisés de manière suivante : 1) des restrictions temporaires, 2) des annulations des autorisations et 3) des compromis avec la continuation des recherches techniques ou scientifiques sur la matière. D'autres mesures, comme la demande d'une intervention d'un expert, aurait pu être objet des mesures judiciaires. Les raisons qui sont souvent objet de ces décisions sont le manque d'une étude d'impact et la nécessité des études complémentaires. Un effet intéressant dans ce cas a été l'élaboration des normes plus concrètes sur l'utilisation et la commercialisation des OGMs, comme un effet des actions en contre cette activité.

46. À propos des mesures liées à la réparation des dommages, le renversement de la charge de la preuve a été l'objet des décisions favorables à cette procédure dans le contexte des dommages environnementaux, ce qui est innovateur dans la matière. Les critiques qui peuvent être faites sont liées aux conditions de sa mise en œuvre en considérant qu'il faut une sécurité juridique aux parties qui doivent savoir de manière précise quand la charge de la preuve leur incombe.

47. À propos des limites concernant la mise en œuvre du principe au Brésil, l'article a démontré que la réalité de son application est diamétralement opposée au contexte du droit international de l'environnement. Dans ce cadre, les juges et les opérateurs du droit hésitent à appliquer les mesures qui peuvent découler du principe de précaution car il n'a pas été reconnu comme un principe général de droit international. En revanche, dans le contexte du droit brésilien, les juges l'utilisent de façon

généralisée, comme une règle de droit. De plus, cette application est parfois faite de manière confuse, superficielle et sans rigueur académique.

48. Pour que cette mise en œuvre puisse être avoir lieu, l'article a systématisé des critères qui pourraient être appliqués par les autorités administratives et par les juges lors de l'interprétation du principe. Lorsque le juge doit appliquer le principe, il doit vérifier si les risques associés à une activité sont scientifiquement inconnus, et, aussi, si les dommages qui y résultent sont graves ou irréversibles. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à ces questions, il doit adopter des mesures proportionnelles à la gravité du dommage et aux conditions économiques et sociales de la mise en oeuvre de cette prévention ou réparation du dommage. Ces mesures doivent être révisées de manière périodique car la connaissance scientifique n'est pas statique.

Références bibliographiques

A. KISS ; J.P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd, Paris, Pedone, 2010.

A.F.G. BELTRÃO, *Direito Ambiental*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

A.V.V. RIOS, « O Princípio da Precaução e a sua aplicação na Justiça Brasileira: Estudo de Casos ». In: M.D. VARELLA, A.F. BARROS-PLATIAU (Orgs). *O Princípio da Precaução*. Belo Horizonte, Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União Belo Horizonte, 2009.

C. NOIVILLE, « Ciência, Decisão e Ação: três observações em torno do princípio da precaução ». M.D. VARELLA (org.). *Governo dos Riscos. Brasília: Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos*, 2005.

C.A.P. FIORILLO, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 14. Ed, São Paulo, Saraiva, 2013.

E. MILARÉ, *Direito do ambiente*, 9ª. ed. São Paulo, RT, 2014.

G. J. MARTIN, Apparition et définition du principe de precaution (2000) 239, Léxtenso éditions.

J. ELLIS, « Overexploitation of a Valuable Resource? New Literature on the Precautionary Principle ». In: *The European Journal of International Law*. Vol. 17, n. 2, 2006. 445-462.

J.R.M.LEITE; P.A. AYALA, Patryck de Araújo, Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática, 6. ed, São Paulo, Ed. RT, 2014.

M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », 10 *McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y,* 105, 2014.

M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005.

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

N. S. BRYNER, « In Dubio Pro Natura: a principle for strengthening environmental rule of law », *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, 2015.

N.S.BRYNER, "*In dubio pro natura*: a principle for strengthening environmental rule of law", *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, 2015 p. 245 – 258.

P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL. *International Law & the Environment*. Oxford, Oxford University Press, 2009.

P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International Public*. Paris, LGDJ L'extenso éditions, 2009.

P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R.L MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, 3rd edition, Cambrigde, 2012

P.A.L. MACHADO, « Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado », In : M.D. VARELLA, A.F. BARROS-PLATIAU (Orgs). *O Princípio da Precaução*. Belo Horizonte, Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

P.A.L. MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*. 21ª. ed. São Paulo, Malheiros.

R. THOME, *Manual de Direito Ambiental*. Salvador, Editora JusPodium, 2014.

S. MALJEAN-DUBOIS, *Quel droit pour l'environnement?* Paris, Hachette Supérieur, 2008.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE DROIT PÉNAL BRÉSILIEN

Carlos Eduardo A. Japiassú[1372]

1. Introduction

1. Le principe de précaution a été incorporé récemment dans le droit brésilien, bien qu'encore prévu de manière limitée et rarement reconnu dans la jurisprudence brésilienne. En ce qui concerne son utilisation dans les procédures pénales, le principe de précaution n'est pas encore devenu un thème de prévision législative. Ce que l'on recherche ici, c'est de savoir de quelle manière le principe de précaution est utilisé dans les procédures pénales.

2. Concrètement, la discussion et la polémique autour du principe de précaution ont été fondamentalement doctrinaires. La discussion juridique tourne autour de l'idée d'utiliser ou non le principe de précaution pour donner fondement à l'élaboration de crimes de danger abstrait.

3. De manière différente, la prévision légale du principe de précaution est assez limitée, ainsi que les constructions jurisprudentielles en la matière.

Pour cela, initialement, le principe de précaution et son incorporation dans le droit brésilien seront traités. Ensuite, le traitement jurisprudentiel du thème sera examiné pour, finalement, discuter la discipline des crimes de danger abstrait.

2. Principe de précaution dans le droit brésilien

[1372] Professeur de Droit Pénal de l'UERJ/ UFRJ/ UNESA; secretaire géneral adjoint de l'Association Internationale de Droit Penal (AIDP) et president du Groupe Brésilien de l'AIDP.

4. Le principe de précaution apparaît dans sa formulation internationale la plus élaborée en 1992, dans la Déclaration de Rio de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, qui a établi:

Afin de protéger l'environnement, le principe de précaution doit être largement appliqué par les États, selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence d'absolue certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard les mesures efficaces et économiquement viables pour prévenir la dégradation de l'environnement.[1373]

5. De ce contexte, dérivent quatre caractéristiques. La première est que l'intensité de la protection juridique du bien (l'environnement) n'est pas absolue, mais limitée à la capacité de chaque État ; la deuxième est qu'une menace hypothétique, mais cependant plausible, de dommages graves ou irréversibles justifiant l'intervention suffit, sans le besoin de sa configuration concrète ou temporellement probable ; la troisième est qu'il n'y a pas d'exigence de certitude scientifique absolue de la détermination du dommage plausible, mais seulement que celui-ci, dans l'ensemble des connaissances scientifiques disponibles à l'occasion, puisse légitimement se présenter potentiellement dangereux et finalement, que les mesures économiques à prendre pour prévenir la dégradation de l'environnement soient compatibles avec les autres considérations sociétales du développement économique.

6. Le Brésil, au cours des dernières années, a ratifié et incorporé à l'ordre juridique trois documents internationaux qui mentionnent le principe de précaution: la Déclaration de Rio de Janeiro sur l'Environnement et le Développement, la Convention sur la Diversité Biologique et le Protocole de Kyoto à la Convention-Cadre sur les Changements Climatiques.

Quant à la législation brésilienne, la Constitution de la République de 1988 a fixé, dans son art. 225, *caput,* que tous ont droit à un environnement écologiquement équilibré, étant imposé au Pouvoir

[1373] BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: relatório da delegação brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993.

public et à la collectivité de le défendre et de le préserver pour les générations présentes et futures.

7. La Constitution brésilienne, de cette manière, a exprimé l'appel à l'équité intergénérationnelle, en raison de la préoccupation croissante que les changements globaux peuvent avoir pour effet de réduire la part de la richesse et des diversités globales auxquelles chaque habitant mondial a accès ou aura accès dans le futur. [1374] Le contenu prétendu de ces droits, originaires d'instruments juridiques internationaux, est celui de droits dont chaque génération doit se bénéficier et ainsi développer le patrimoine naturel et culturel hérité des générations précédentes, de telle sorte que celui-ci puisse être transmis aux générations futures dans des circonstances pas plus dégradées que celles reçues. [1375]

8. Dans la législation brésilienne, le principe de précaution a été expressément mentionné dans la Loi sur la Biosécurité (Loi 11.105/2005), dans son art. 1, quidispose :

Art. 1 - La présente Loi établit des normes de sécurité et des mécanismes de contrôle sur la construction, la culture, la production, la manipulation, le transport, le transfert, l'importation, l'exportation, le stockage, la recherche, la commercialisation, la consommation, la libération dans l'environnement et l'élimination d'organismes génétiquement modifiés - OGM et leurs dérivés, ayant comme lignes directrices la stimulation du progrès scientifique dans le domaine de la biosécurité et de la biotechnologie, la protection de la vie et de la santé humaine, animale et végétale, et le respect du **principe de précaution** pour la protection de l'environnement.

[1374] KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, pp. 1/2

[1375] *Idem*, p. 5.

9. On peut donc dire que le principe de précaution sera progressivement intégré dans la législation et dans la construction de décisions judiciaires. [1376]

10. Dans la jurisprudence, il existe des manifestations de l'application de la précaution, en particulier en ce qui concerne l'imposition de la réalisation d'études d'impacts environnementaux sur des activités pour lesquelles il existe des risques et l'interdiction de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés dans l'agriculture.

11. En matière pénale, il existe des décisions judiciaires qui font référence au principe de précaution, en général, en matière environnementale, comme cela sera mentionné par la suite.

3. Jurisprudence pénale sur le Principe de Précaution

12. L'on trouve, dans les Tribunaux brésiliens, bien peu de décisions pénales qui font référence au principe de précaution. D'une manière générale, la jurisprudence nationale n'a pas élaboré une définition du principe de précaution, adoptant celle établie par la Déclaration de Rio.

L'une des questions les plus répétées sur le principe de précaution, dans les cas de crimes environnementaux, concerne la possibilité de la reconnaissance du principe de l'insignifiance.

13. Le principe de l'insignifiance est celui selon lequel des lésions ou des menaces d'importance minimum aux biens juridiques ne doivent pas être l'objet de considération du point de vue du Droit Pénal. En d'autres termes, selon le postulat de l'insignifiance (ou principe *de minimis non curat praetor),* il faudrait exclure du champ d'application du Droit Pénal les conduites provoquant de petites lésions au bien juridique protégé. Selon la jurisprudence de la Cour Suprême Fédérale et du Tribunal Supérieur de Justice, pour la reconnaissance de l'incidence de ce principe, il est nécessaire de prendre en compte les exigences suivantes: 1ère inexpressivité de la lésion juridique; 2e offensivité minimum de la

[1376] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, vol. 61, Jul / 2006, p. 45.

conduite de l'agent; 3e absence de dangerosité sociale , et 4e faible degré de désapprobation du comportement. [1377]

14. D'une certaine manière, en cas de crimes contre l'environnement, même dans des cas d'infractions pénales de moindre importance, les tribunaux brésiliens ont fait fi de l'insignifiance en vertu de l'adoption du principe de précaution. [1378]

15. Il existe d'autres références au principe de précaution, généralement, dans les cas de crimes contre l'environnement prévus par la Loi n° 9.605/1998 ou d'autres crimes, mais qui peuvent avoir un impact sur l'environnement.[1379] Cela est dû au fait que les Tribunaux brésiliens reconnaissent l'adoption du principe de précaution comme élément fondamental en matière de droit environnemental et de droit pénal environnemental.

16. Dans tous ces cas, la justification de l'adoption du principe de précaution, au détriment d'autres principes, concerne les crimes de danger abstrait.

[1377] "1. A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...)" (STF, AI 662132 AgR.. 1ª T. Min. Ricardo Lewandowski. Pub. DJ de 05/06/09). No mesmo sentido: HC 97772. STF. 1ª T. Min. Cármen Lúcia. Pub. DJ de 20/11/09. No STJ: "Para a incidência do princípio da insignificância, necessários se fazem a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF. (...)." (STJ, REsp. 984723. 6ª T. Min. Og Fernandes. Pub. DJ de 02/02/09).

[1378] Dans ce sense: "a doutrina que, no direito penal ambiental, a aplicação do princípio da insignificância deve ser conjugado ao princípio da precaução, devendo a conduta ser examinada à luz de critérios técnicos ambientais. No presente caso, em que se cuida de crime contra a fauna, cuja conduta consistiu em '*manter em cativeiro espécie ameaçada de extinção*', o grau de extinção da espécie deve ter preponderância no exame do desvalor da conduta e do resultado, ou seja, o aspecto qualitativo tem proeminência sobre o aspecto quantitativo, diversamente do que se verifica, em regra, nos crimes contra o patrimônio, por exemplo. E isso porque, ademais da materialidade isolada das condutas, o resultado nos crimes de acumulação, mormente naqueles que encerram tutela de bens jurídicos supra-individuais, como é o caso dos crimes contra o meio ambiente, a materialidade do resultado lesivo da conduta só se mede pelo potencial de acúmulo que cada pequena conduta isolada é capaz de acrescentar, e não pelas parcelas isoladas dos objetos das condutas"(TRF2, Apelação Criminal, Proc. nº 2006.50.50.006456-6, Des. Abel Gomes). Dans le même sense, TRF-3, RSE 4915, Proc. nº 2006.61.24.000112-9, Des. Márcio Mesquita.

[1379] TRF-3 - ACR 647, Proc. nº 2003.61.06.000647-1, Des. Coltim Guimarães.

4. Crimes de danger abstrait

17. L'une des classifications de crimes importants pour le droit pénal est celle qui fait la différence entre les crimes de dommage et les crimes de danger.

18. Les crimes de dommage sont ceux dans lesquels il existe une lésion effective au bien juridique. Dans ce cas, la consommation du crime exige le dommage à l'objet de protection juridique. Par exemple, pour la consommation de l'homicide il est nécessaire qu'il y ait la destruction effective du bien juridique protégé (vie humaine). De leur côté, les crimes de danger sont ceux qui se contentent de la simple exposition de lésion au bien juridique. La menace de dommage suffit pour que le délit soit consommé.

19. Les crimes de danger se divisent en crimes de danger concret, où la preuve que le bien juridique a été effectivement exposé au risque de lésion est exigée, comme c'est le cas pour le crime d'incendie (art. 250, du CP), et les crimes de danger abstrait, pour lesquels la loi présume, en termes absolus, le risque de lésion au bien juridique, suffisant pour cela la simple preuve de la réalisation de la conduite dangereuse décrite dans le type, tel qu'on le vérifie dans le cas de crime d'épidémie (art. 267, du CP).

20. Ainsi, le danger abstrait survient lorsque le législateur, discrétionnairement, définit une conduite comme étant ontologiquement dangereuse, c'est-à-dire, sans la possibilité de preuves empiriques de la menace de lésion au bien juridique pénalement protégé. [1380] Il ne s'agit pas d'absence de preuve du danger, mais de son impossibilité effective de preuve. [1381] L'on s'aperçoit ainsi que le risque est déterminant pour l'application de l'institut. Mais aussi bien l'objectif que l'effet peut être très différent de celui poursuivi par le principe de précaution.

[1380] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 10. Ed., 2006, p. 182.
[1381] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28 e 84.

21. Sur ce point, il existe des divergences entre les auteurs sur la possible adéquation de la prévision de crimes de danger abstrait et sa conformation au principe de précaution.

22. À l'examen de cette question, Romeo Casabona[1382] défend qu'il est possible d'utiliser le droit pénal pour décourager la pratique d'activités qui violent le principe de précaution sans que cela n'affecte la structure matérielle des types de danger abstrait. Cet auteur fait valoir que la typicité dans les délits de danger abstrait dépend, outre la conformation du comportement à l'interdiction légale, de la dangerosité de la conduite qui, à son tour, ne sera vérifiée que sous une perspective *ex ante* qui comprend des éléments ontologiques, perceptibles au moyen de l'existence fictive d'un observateur extérieur, ayant conscience des connaissances spéciales de l'auteur, qui se tient sur les lieux et au moment des actes, et d'éléments nomologiques, qui consistent dans l'expérience commune de l'époque sur les cours causaux et sur les risques résultants de l'action. Ainsi, il ne suffit pas que la conduite soit celle décrite dans la loi pénale. L'intégralité du type objectif serait liée à la consolidation de la dangerosité, constatée au moyen d'une construction qui observe la réalité des faits et des connaissances scientifiques disponibles au moment où l'activité contraire à la norme pénale est vérifiée.[1383]

23. Sur cette construction matérielle de l'injuste de danger abstrait, Romeo Casabona aborde la question du principe de précaution. L'auteur reconnaît que, face aux nouveaux contextes de risque qui impliquent la société actuelle, le droit pénal traditionnel de la prévention ne dispose pas d'instruments pour assurer la sécurité des biens juridiques. L'imposition de la constatation de la dangerosité de la conduite de la manière proposée ne serait pas appropriée afin que la norme pénale incide sur les activités où il n'y aurait pas de certitude scientifique de risque, c'est-à-dire, ceux qui sont liés au principe de précaution. Si, dans les hypothèses d'application de la précaution, il existe l'absence de toute connaissance scientifique sur les risques impliqués dans les activités, il n'y aura évidemment pas

[1382] ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*. Congresso Internacional de la Facultad de derecho de la UNED: Modernas tendências en la ciencia del derecho penal y en la criminologia. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 92.
[1383] Idem, ibidem.

l'élément nomologique pour constater le danger potentiel de l'acte pratiqué. Cependant, c'est justement l'élément nomologique qui est l'un des piliers de la perception de la dangerosité de la conduite dans la situation concrète, et son absence porte préjudice à la matérialisation de la prévision légale des types de danger abstrait que ces activités contiennent.[1384]

24. Face à ce problème, Romeo Casabona affirme que le système pénal doit être adapté de manière à inclure des contenus dogmatiques inédits, qui permettent de faire face à des situations d'incertitude et de manque de connaissance scientifique, et qui peuvent, en théorie, affecter la sécurité et la libre disposition des biens juridiques. Lorsque les risques résultants des actions ne se limitent qu'à des indices, Romeo Casabona propose d'adapter le contenu de la dangerosité à la nouvelle réalité et aux nouvelles demandes de protection, en remplaçant le savoir nomologique par le principe de précaution. Cette opération saurait justifier et légitimer l'interdiction pénale de ces activités, car la suspicion sur les risques encourus doterait le comportement de mésestime suffisante pour garantir l'application de la norme pénale. Le principe de précaution serait le substrat matériel qui compenserait le manque de constatation totale de la dangerosité et, ainsi, contribuerait à l'élaboration d'une procédure d'imputation pour les délits de danger abstrait, qui n'aurait pas besoin de la constatation effective d'une lésion potentielle. Ce principe pourrait permettre la vérification de l'action typique en marge de l'élément nomologique qui caractérise la notion initiale de dangerosité, mais avec des conjectures similaires, et même supérieures, de sécurité juridique basées sur les prescriptions de conduite qu'un tel principe impose. [1385]

25. Pierpaolo C. Bottini[1386] est en désaccord avec cette idée et fait valoir que la construction du risque, ou de la dangerosité, en tant qu'élément du type objectif, provient du besoin de normalisation des prescriptions pénales de donner un sens et un contenu à l'activité de répression de l'État, dans sa mission de protection des biens juridiques dans une société pluraliste et démocratique. Par conséquent, cette dangerosité est fondée sur une perspective ontologique et nomologique. La première a pour but de

[1384] Idem, ibidem.
[1385] Idem, ibidem.
[1386] BOTTINI, *op. cit.*, p. 57.

supporter l'évaluation du risque dans la réalité de la vie dans le contexte dans lequel l'auteur pratique les faits prévus dans le type, de manière à éviter une abstraction détachée du monde de l'être. L'observateur objectif qui se met à la place de l'agent, sous une perspective *ex ante,* doit intégrer les éléments factuels qui passent outre du contexte, tels que les instruments utilisés pour l'activité, leur quantité, qualité, affectant la capacité de lésion, la forme d'agir et l'intensité du comportement. Il est à noter que les propres connaissances spéciales de l'auteur sur la réalité des faits incorporent le savoir ontologique, et doivent être pris en compte au moment de la consolidation du matériel de la dangerosité.

26. De son côté, le facteur nomologique joue un rôle important pour donner un sens à la réalité objective, combinant l'analyse des connaissances scientifiques disponibles avec les cours causaux possibles qui accompagnent le comportement prétendument mésestimé. Le besoin de sa constatation est étroitement lié au rôle du droit pénal de protéger les biens juridiques contre des attaques évidemment menaçantes et, donc, de limiter l'exercice du pouvoir punitif sur les conduites qui ne présentent pas un clair potentiel de lésion aux intérêts protégés.

27. De son côté, Maurício Mota affirme que, dans le délit de danger abstrait, le danger constitue uniquement la *ratio legis*, c'est-à-dire, le motif qui a inspiré le législateur à créer la figure du délit. Le législateur, en typant un danger abstrait, partie d'un comportement particulier considéré, en lui-même, comme étant lésionnaire ou potentiellement dangereux, et le décrit dans la norme pénale en tant que conduite criminelle. Un exemple de ce type de crime est celui prévu à l'art. 55 de la loi 9605/98. La conduite d'extraction de ressources minérales sans la licence ou l'autorisation appropriée, par elle-même, présume déjà une forte possibilité de dommage à l'environnement. [1387]

28. On remarque qu'aussi bien dans la situation de danger concret que de danger abstrait, nous avons délimité, en termes juridiques et consensuels, que les circonstances visées configurent une éventualité dans laquelle il existe une menace contre l'existence ou contre l'intégrité des personnes ou

[1387] CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. v. 42, ano 11, p. 5-24, abr.-jun. 2006, p. 17

des objets et que des dommages peuvent survenir. Il y a une certitude de la promesse de punition ou de nuisance.

29. Dans le délit de danger concret, on exige la probabilité réelle de survenance du dommage et non pas la simple possibilité.[1388] Dans ce type de délit, le danger est un élément normatif du type, intégrant la conduite, de manière à ce qu'il faille démontrer, dans ce cas concret, sa survenance dans le but de vérifier la consommation du crime. Un exemple typique est l'ancien type pénal de criminalisation de la conduite de pollution, prévu à l'art. 15 de la loi n° 6938/81: "le pollueur *qui met en danger* la sécurité humaine, animale ou végétale, ou qui aggrave la situation de risque".[1389]

30. Dans le délit de danger abstrait, la certitude de la menace est présupposée. Une situation donnée est préalablement évaluée par la loi comme étant suffisamment grave pour constituer une menace aux personnes ou aux objets, et pour cela, criminalisée.

La certitude de la menace est, dans les deux hypothèses, la condition d'application du droit. Une fois la situation sûre et déterminée, de manière concrète ou basée sur la norme légale, l'encadrement juridique devient alors possible.[1390]

[1388]"segundo a moderna teoria normativa do resultado de SCHÜNEMANN, o perigo concreto se caracterizaria pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar". SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000, p. 40

[1389] CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *op. cit.,* p. 16

[1390] Os crimes de perigo abstrato são, não obstante, criticados pela dogmática penal por se afastarem exatamente da certeza que deve pautar a aplicação da lei penal. Como evidencia Blanca Mendonza Buergo: "*Los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en prática de uma conducta reputada generalmente peligrosa, sin necessidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conduta típica a través de uma generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son tipicamente o generalmente para el objeto típico y, em definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existência del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se há producido o no en el caso concreto uma puesta em peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parâmetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador"* BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada : Editorial Comares, 2001, p 19/20

31. Rien de cela ne se produit en cas de menace hypothétique, cependant plausible, base de l'opérationnalisation, *ad cautelam*, du principe de précaution. En raison de l'incertitude scientifique sur les conséquences des effets de la situation citée comme susceptible d'application du principe, nous pouvons ne pas être face à une « menace », qu'elle soit concrète ou abstraite.

32. Un exemple concret sont les revendications des organismes, institutions, chercheurs et représentants de la société civile qui ont invoqué le principe de précaution pour questionner, restreindre et même interdire l'installation de stations de transmission de radiocommunication de téléphonie mobile. Dans de tels cas, le principe de précaution est habituellement retenu sous l'argument que l'on ne peut exclure la composante cancérigène des champs électromagnétiques produits par les stations radio de base (erbs), ainsi que pour justifier la réduction des niveaux d'exposition ou même pour déterminer l'enlèvement des stations de radio de base de certains établissements et l'interdiction que de nouvelles stations soient installées.

5. Conclusion

33. Le principe de précaution n'a pas été conçu pour le droit pénal, mais, dans le cas brésilien, il n'existe pas de prévision claire de types pénaux qui font référence à ce principe.

Et cela même dans la jurisprudence en matière pénale, bien qu'il soit fait référence à ce principe dans certains jugements qui, en général, utilisent le principe de la prévention pour justifier l'intervention pénale dans des crimes de danger abstrait.

Il s'avère que plusieurs auteurs ont critiqué l'utilisation du principe de précaution pour justifier de tels crimes, car la précaution présuppose une menace hypothétique, cependant plausible.

Compte tenu de ce qui précède, la précaution, bien que prévue par le système juridique brésilien, n'est pas encore consolidée en matière pénale et il y a encore des doutes si cela va se faire.

2. COLOMBIE

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LA SITUATION DES ANTENNES RELAIS : LE CAS COLOMBIEN

Maria Isabel Troconsco
Docteur en droit de l'Université Paris II

1. En Colombie, tout comme en France, les opérateurs de téléphonie mobile sont aujourd'hui confrontés aux « peurs » des citoyens de voir leur santé affectée par des ondes diffusées par les antennes-relais.

2. Il est important de mentionner d'emblée que le système juridique colombien, bien que similaire à celui de la France parce que basé sur le Code de Napoléon, s'est orienté différemment. Là-bas, les effets présumés nocifs des ondes diffusées par les antennes-relais ont provoqué des réactions des voisins desdites installations, comme nous l'avons vu en France. Cependant, les actions pour obtenir le démantèlement ou le déplacement des antennes-relais en Colombie ont pris une voie différente.

3. Dans le système juridique colombien il existe une action à caractère constitutionnel qui protège les droits dits fondamentaux. Il s'agit de l'action de *tutela* ou de protection. C'est une action consacrée par la Constitution censée être résolue dans un bref délai par le juge choisi par le demandeur. Les détails de procédure de cette action sont intéressants mais hors sujet. On ne s'arrêtera donc pas sur ces aspects. Toutefois, il faut retenir que cette action est un mécanisme résiduel, c'est-à-dire qu'elle peut être exercée seulement si aucune autre action n'existe afin de protéger le droit en question. En outre, deux instances sont prévues pour trancher l'affaire et la décision peut être révisée par la Cour constitutionnelle. La raison est simple : l'objectif de cette action étant la protection des droits consacrés dans la Constitution politique comme fondamentaux, la Cour vérifie que le droit en question appartient effectivement à cette catégorie et qu'il ait été efficacement protégé par la décision du juge.

4. Afin de connaître la situation et l'application du principe de précaution en matière des antennes-relais, nous verrons dans un premier temps le panorama normatif qui régule le sujet des antennes-relais en Colombie (A). Ensuite, nous analyserons l'application par le juge du principe de précaution dans le cas des antennes-relais (B)

A. Panorama normatif en matière des antennes-relais en Colombie

5. Les normes qui régulent la matière d'installation et du fonctionnement des antennes-relais sont du ressort international et correspondent à des recommandations (A.1). Il existe aussi des textes normatifs internes concernant le sujet (A.2).

A.1. Les recommandations internationales

6. Le gouvernement colombien a toujours été à l'écoute des analyses et des recommandations des organismes internationaux comme l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé), l'UIT (Union International des Télécommunications) et même de celles énoncées par le CIRC (Centre International de Recherche sur le Cancer) et l'ICNIRP (Commission Internationale de Protection Contre la Radiation non-ionisante, International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection. Parmi ces institutions, deux ont comme mission la protection de la santé et deux sont plutôt orientées vers les aspects techniques des télécommunications.

- OMS aide-mémoire n° 322 juin 2007
- Le CIRC (IARC) qui a classifié les émissions électromagnétiques dans la catégorie 2B : possibles cancérogènes pour l'homme.

L'OMS fait des recommandations concernant le seuil d'exposition pour l'être humain sans faire de distinction de catégories de personnes. Par exemple, elle ne distingue pas la population infantile ou les personnes se trouvant à l'hôpital comme groupes à risque. Ces recommandations sont aujourd'hui remises en question en raison de soupçons quant aux effets indésirables des champs électromagnétiques sur le corps humain. Le CIRC qui a pour mission de lister les expositions susceptibles d'engendrer des cancers

pour l'homme[1391]. Les seuils d'émissions des antennes sont établis sur le fondement de ses analyses. Le CIRC a classé les émissions des antennes-relais dans la catégorie 2B, c'est-à-dire cancérogène possible pour l'homme. Or, malgré toutes les études et les analyses existantes, on ne peut pas affirmer avec certitude que les émissions des antennes sont nocives pour la santé et les soupçons sont toujours dans l'air.

7. Citons aussi les normes techniques. C'est notamment le cas des recommandations de l'UIT : T K.52 (08/2014)[1392] et l'ICNIRP[1393]. Elles établissent des limites de puissance des antennes pour éviter les effets à court et long terme, même non identifiés, des champs électromagnétiques sur le corps humain. Ces limites concernent l'exposition des personnes aux champs électromagnétiques. Toutefois, aucune distance d'exposition n'est préconisée.

A2. Les normes internes

8. Le Gouvernement colombien, par décret 195 de 2005[1394], a adopté des limites à l'exposition des personnes aux champs électromagnétiques. Ce décret adopte les standards internationaux en matière d'antennes qui ont été indiqués par la Commission internationale de protection contre les radiations non-ionisantes et l'Union Internationale de Télécommunications. Il est intéressant de remarquer que ce décret a été rédigé par une équipe interdisciplinaire, constituée par les membres de différents ministères : ministère de la protection sociale, de l'environnement, de l'habitation et du développement territorial ainsi que le ministère des technologies de l'information et des communications. Les destinataires de cette norme sont les opérateurs de service de téléphonie mobile et

[1391] Le CIRC a créé 4 catégories pour classer certains objets ou phénomènes dépendant de la possibilité ou non de causer le cancer à l'homme : catégorie 1 : cancérogène pour l'homme, catégorie 2A : cancérogène probable pour l'homme, catégorie 2B : cancérogène possible pour l'homme, catégorie 3 : inclassable quant à sa cancérogénicité pour l'homme, catégorie 4 : probablement non cancérogène pour l'homme. Une seule substance, le caprolactame, a été classée dans cette catégorie après évaluation de sa cancérogénicité.
[1392] UIT ou ITU en anglais (International communication union https://www.itu.int/.../dologin_pub.asp?...T...K.52...
[1393] Commission internationale de protection contre la radiation non-ionisante, International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection, www.danskenergi.dk/~/media/.../ICNIRP_2010.ashxTrad
[1394] Décret 195 de 2005 du Ministère de Communications, par lequel le Ministère établit les limites d'exposition des personnes aux champs électromagnétiques, et établit le processus d'installation des antennes relais.

toute personne fournissant des services de télécommunications et utilisant le spectre électromagnétique dans une fourchette de fréquences de 9 KHz à 300 GHz dans le territoire colombien.

9. Dans les considérants du décret 195 du 31 janvier 2005, le gouvernement fait référence au principe de précaution consacré par la loi n° 99 de 1993 comme un des principes guides de la politique environnementale du pays[1395]. Ainsi, les limites de puissance des ondes émises par les antennes fixées par ce décret sont inférieures à celles recommandées par les institutions internationales. Ceci est l'application du principe de précaution du ministère des communications.

10. Ensuite, la résolution n° 001645 du 29 juillet 2005 du ministère des Communications a pour objet de réglementer le décret 195 de 2005 en établissant les distances auxquelles les antennes doivent être installées par rapport aux voisins. Ceci ayant comme objectif de protéger la santé publique en imposant une distance estimée « hors de risque » pour l'être humain par rapport aux ondes émises par ces installations.

11. Le principe de précaution intègre l'ensemble de ces normes. En effet, le ministère en fait mention dans le considérant du décret 195 de 2005. En dépit de sa consécration normative exclusivement dans le domaine environnemental[1396], ce principe de précaution est considéré comme un principe constitutionnel. Reste à savoir comment le juge fait face aux demandes de déplacement et de démantèlement des antennes-relais.

[1395] Article 1 numéral 6 de la loi 99 de 1993 : « Lorsque un risque de dommage grave et irréversible est soupçonné, l'incertitude scientifique ne pourra pas être utilisée comme un argument pour rester passif dans l'adoption de mesures efficaces pour empêcher la dégradation de l'environnement. »

[1396] Plus précisément c'est la loi 99 de 1993, article 1, numéral 6. Le principe est consacré dans les termes suivants : « Lorsqu'on soupçonne un risque des dommages graves et irréversibles l'incertitude scientifique absolue ne peut pas s'ériger comme un obstacle à l'adoption de mesures efficaces pour éviter la dégradation de l'environnement »

B. Décisions du juge de fond et de la Cour constitutionnelle

12. C'est en 2001 que les demandes concernant les antennes ont commencé à apparaître par le biais de l'action de *tutela*. La Cour constitutionnelle a presque toujours systématiquement nié les demandes de déplacement ou démantèlement des antennes jusqu'en 2010. Depuis, un revirement a été effectué et aujourd'hui la Cour constitutionnelle ordonne le déplacement ou le démantèlement des antennes, en application du principe de précaution. Elle peut y ajouter d'autres mesures. Par exemple, elle a donné des instructions au ministère des communications pour qu'il crée des canaux de communication en faveur des usagers[1397]. Elle y a ajouté l'obligation de faire des recherches pour établir les distances minimum entre les antennes et les endroits où se trouvent des groupes de personnes à risque[1398].

Nous verrons donc comment le principe de précaution est aujourd'hui appliqué par la Cour constitutionnelle (B2). Auparavant, il faut toutefois s'intéresser aux décisions du juge du fond (B1)

B1. L'inapplication du principe de précaution par les juges de fond

13. Deux arrêts de la Cour constitutionnelle ont marqué sa position actuelle. Dans les deux espèces, une des circonstances est similaire : il s'agit de demandes de déplacement d'antennes en ce qu'elles affecteraient la santé des mineurs habitant aux alentours.

14. Dans le premier cas, il s'agit d'une enfant avec une maladie grave arguant que les ondes émises étaient spécialement nocives pour son état de santé. Elle affirmait que le médecin lui avait recommandé de s'éloigner des champs électromagnétiques. Dans le deuxième cas, il s'agit d'un mineur représenté. Le représentant de l'enfant alléguait que, depuis l'installation d'une antenne dans le voisinage, l'enfant était irritable et pleurait sans cesse. Dans les deux affaires, les juges de fond ont

[1397] Information à propos de l'émission des ondes, à propos des effets, etc. pour expliquer aux citoyens que les antennes obéissent à certains paramètres ce qui garantit la non-nocivité des émissions.
[1398] Décision de la Cour constitutionnelle T-360 2010

systématiquement considéré que la preuve de l'atteinte à la santé était inexistante et par conséquent ont rejeté leurs prétentions.

15. Dans la première espèce, le juge de première instance rejette les demandes en affirmant que le demandeur « ne prouve pas la mise en danger ou la menace de ses droits fondamentaux. En outre, il n'existe pas d'études scientifiques qui puissent affirmer l'impact négatif des ondes émises par les antennes-relais sur la santé humaine, ce qui engendre l'irrecevabilité de la demande. Par conséquent, le juge conclut qu'il n'y a pas un fait irréfutable, indiscutable et prouvé qui nous amène à conclure à une atteinte ou à une menace des droits que le demandeur prône comme étant en danger ». La demanderesse a fait appel et le juge de seconde instance a confirmé la décision en confirmant les arguments du juge de première instance et ajoutant que l'installation des antennes correspond à la prestation d'un service public. Par conséquent, l'action de *tutela* n'était pas la voie par laquelle une personne pouvait attaquer ces actes ; en d'autres mots, l'action était irrecevable.

16. Dans la deuxième espèce, le juge du fond trouve certains vices de forme et affirme que : « …le juge, appliquant le principe de précaution, pourrait protéger le droit à la santé de l'enfant dont la demanderesse affirme que depuis l'installation de l'antenne se trouve en état de stress et pleure constamment. Cependant, il n'y a de preuve ni pour démontrer ces affirmations ni pour démontrer l'état actuel de l'enfant. » La demanderesse a attaqué la décision et le juge de deuxième instance a répondu qu'il existe d'autres moyens pour protéger les droits en question. La *tutela* étant un mécanisme résiduel qui n'a pas à être exercé dans le cas en question.

17. Ainsi, les juges du fond suivant la position traditionnelle de la Cour constitutionnelle ne trouvaient pas que ces actions demandant la protection au droit fondamental de la santé pouvaient aboutir dans la mesure où la preuve de l'atteinte à la santé n'était pas apportée. De plus, la plupart des décisions s'accordait à dire qu'il s'agissait de cas qui devraient être connus par le juge du contentieux-administratif puisqu'il était question d'actes administratifs autorisant l'activité ou l'installation d'antennes.

18. Toutefois, on peut remarquer que le principe de précaution invoqué par les parties n'a aucunement été pris en compte par le juge. En effet, le juge du fond n'a pas l'habitude de faire face à la demande de protection d'un droit par la menace d'un risque hypothétique. Pour lui, la protection aurait pu être concédée si un dommage ou une menace avait été pleinement prouvé ; mais alors on serait en face d'un risque avéré et ceci n'est pas du ressort du principe de précaution.

19. Au demeurant, les juges n'ont pas analysé la situation à la lumière du principe de précaution par manque d'expérience et surtout par méconnaissance. C'est donc aux magistrats de la Cour constitutionnelle d'analyser l'application du principe de précaution dans le cas d'antennes-relais.

B2. L'application du principe de précaution par la Cour constitutionnelle

20. Bien que déjà consacré dans une loi, le principe de précaution a aussi été déclaré comme un principe constitutionnel. La Cour constitutionnelle déduit sa constitutionnalisation des relations écologiques (art. 266 de la Constitution) et des devoirs de protection et de prévention (articles 78, 79 et 80 de la constitution politique). Dans la décision C-988 de 2004, la Cour a ainsi indiqué : "dans une certaine mesure, la norme constitutionnelle a donné le statut constitutionnel au principe de précaution puisqu'elle impose aux autorités le devoir d'éviter les dommages ou risques menaçant la vie, la santé ou l'environnement ».

21. Pour cette Cour le principe de précaution est un principe constitutionnel qui veille non seulement à la protection de l'environnement mais aussi à la protection de la santé publique. Sur cette base, la Cour constitutionnelle a analysé les deux cas mentionnés ci-dessus. Dans le premier cas elle a considéré que :

« Dans le cas des enfants : filles, garçons et des adolescents, l'action du principe de précaution doit être renforcée en raison de l'intérêt supérieur du mineur. Les droits fondamentaux des enfants et de la jeunesse sont prioritaires, ils doivent être considérés plus importants que d'autres droits. » Ceci étant, « le principe de précaution doit s'appliquer lorsque le risque ou la magnitude du dommage qui peut arriver ne sont pas

connus de façon anticipée parce que les connaissances scientifiques ne le permettent pas, mais que l'on peut présager que les effets seront graves. »[1399]

La Cour a donc ordonné à l'opérateur de démanteler l'antenne située près de la maison d'habitation de l'enfant. En outre, en application du principe de précaution, la Cour a ordonné au ministère des communications de réguler la distance « prudente » entre les antennes et les endroits où habitent des personnes à risque (enfants et personnes âgées principalement). Cette Cour a également ordonné à l'autorité administrative chargée de la gestion du spectre de « vérifier que la radiation émise par les antennes-relais se trouve dans les limites établies dans la résolution 1645 de 2005 ».

Il est fort intéressant de remarquer que les injonctions de la Cour constitutionnelle correspondent totalement à l'objectif du principe de précaution. Au-delà d'impartir des ordres juste pour échapper au risque d'une situation particulière, la Cour fait en sorte que l'organisme impliqué fasse un effort pour trouver un remède à ce type de situation plus largement.

22. Dans le deuxième cas[1400], la Cour constitutionnelle a également infirmé la décision des juges du fond et a considéré que malgré la preuve qui démontre que les niveaux des radiations électromagnétiques émises par l'antenne ne dépassent pas les limites légales, le doute par rapport à la nocivité des ondes existe toujours. Par conséquent, la Cour a décidé de protéger le droit à la santé du mineur et a ordonné à l'opérateur de téléphonie mobile de démanteler l'antenne située près du lieu d'habitation de l'enfant, dans un délai de 48 heures. Pareillement, la Cour a ordonné au ministère des communications de réguler la distance entre les antennes et les lieux d'habitation ou de séjour des groupes des personnes à risque.

23. Nous pouvons remarquer que la Cour constitutionnelle analyse les cas sous trois critères importants :

1) Le principe de précaution est un principe constitutionnel
2) Le droit des enfants est une priorité qui mérite que le principe de précaution soit renforcé

[1399] Sentencia T-1077/2012
[1400] Sentencia T-397/2014

3) Les effets nocifs de l'émission des antennes sont toujours à craindre à cause du manque des connaissances scientifiques

Les opérateurs de téléphonie et les sociétés de fabrication et installation d'antennes en Colombie se trouvaient donc dans une impasse. La Cour constitutionnelle fait peser le droit de la santé des enfants sur l'intérêt public des télécommunications.

24. Le ministère des communications essaye aujourd'hui de trouver une solution pour faire un compromis entre le droit de la santé et l'obligation de couverture pesant sur les opérateurs de téléphonie mobile. Pour ce faire, un projet de loi octroyant des fonctions à l'organisme administratif chargé de gérer le spectre (ANE) devra faire en sorte que les injonctions imparties par la Cour constitutionnelle soient respectées.

25. L'ANE fait des contrôles d'émissions sur tout le territoire qui garantissent que l'exposition de la population aux ondes est bien au-dessous des recommandations de l'OMS. Par cette mesure, l'ANE atteste que le principe de précaution est appliqué en amont par les normes nationales. Ainsi, les déplacements ou démantèlements des antennes ayant comme base le principe de précaution sont, à son avis, excessives.

Conclusion

26. L'application actuelle que fait la Cour constitutionnelle du principe de précaution est, à notre avis, tout à fait en accord avec sa philosophie et ses objectifs. L'application renforcée du principe de précaution est une conséquence du fait que la Cour estime que le droit à la santé des enfants est une priorité. Cela révèle l'importance que le gouvernement accorde au futur du pays.

Par ailleurs, la prestation du service de téléphonie mobile est un service public et les prestataires sont soumis à l'exécution de certaines obligations dont l'obligation de couverture nationale. Cette couverture suppose l'installation de nombreuses antennes, il faudra trouver un compromis entre leur puissance et leur emplacement des antennes.

ANNEXES

http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs322/fr/

Recommandations de l'OMS

Concernant les fortes expositions à court terme aux CEM, des effets indésirables pour la santé ont été scientifiquement établis (ICNIRP, 2003). Les directives internationales relatives aux limites d'exposition, destinées à protéger les travailleurs et le grand public de ces effets, doivent être adoptées par les responsables de l'élaboration des politiques. Les programmes de protection contre les CEM doivent comprendre des mesures de l'exposition au niveau des sources où l'on peut s'attendre à ce qu'elles dépassent les valeurs limites.

Concernant les effets à long terme, étant donné la faiblesse des éléments établissant un lien entre l'exposition aux champs magnétiques ELF et la leucémie infantile, les avantages que l'on pourrait tirer d'une diminution de l'exposition pour la santé sont difficiles à établir. Au vu de cette situation, les recommandations suivantes sont formulées:

- Les pouvoirs publics et l'industrie doivent suivre l'évolution scientifique et promouvoir des programmes de recherche permettant de réduire l'incertitude qui entoure les éléments scientifiques concernant les effets sanitaires de l'exposition aux champs ELF. Par le biais du processus d'évaluation des risques liés aux ELF, on a recensé des lacunes dans les connaissances et ces dernières constituent la base d'un nouveau calendrier de recherche.
- Les Etats Membres sont encouragés à mettre en place des programmes de communication efficaces et ouverts avec toutes les parties concernées afin de prendre des décisions en connaissance de cause. Pour cela, il faudra peut-être améliorer la coordination et la consultation entre l'industrie, les autorités locales et les citoyens lors du processus de planification des installations émettrices de CEM ELF.
- Lorsqu'on construit de nouvelles installations et que l'on conçoit de nouveaux équipements, y compris des appareils, il convient d'explorer les méthodes permettant de réduire les expositions à bas coût. Les mesures appropriées de réduction de l'exposition varieront d'un pays à l'autre.

> Cependant, les politiques basées sur l'adoption de limites d'exposition arbitrairement faibles ne sont pas justifiées.

OMS – Organisation mondiale de la Santé. Extremely low frequency fields. Critères d'hygiène de l'environnement, Vol. 238. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2007.

Groupe de travail du CIRC sur l'évaluation des risques cancérogènes pour l'homme. Non-ionizing radiation, Part 1: Static and extremely low-frequency (ELF) electric and magnetic fields. Lyon, CIRC, 2002 (Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, 80).

ICNIRP – Commission internationale de Protection contre les Rayonnements non ionisants. Exposure to static and low frequency electromagnetic fields, biological effects and health consequences (0-100 kHz). Bernhardt JH et al., eds. Oberschleissheim, Commission internationale de Protection contre les Rayonnements non ionisants, 2003 (ICNIRP 13/2003).

ICNIRP – Commission internationale de Protection contre les Rayonnements non ionisants (1998). Guidelines for limiting exposure to time varying electric, magnetic and electromagnetic fields (up to 300 GHz). Health Physics 74(4), 494-522.

IEEE Standards Coordinating Committee 28. IEEE standard for safety levels with respect to human exposure to electromagnetic fields, 0-3 kHz. New York, NY, IEEE – The Institute of Electrical and Electronics Engineers, 2002 (IEEE Std C95.6-2002)

3. ARGENTINE

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT ARGENTIN : ÉTAT DES LIEUX

Aída Kemelmajer de Carlucci[1401]

L'homme est condamné à être libre ; condamné, parce qu'il ne s'est pas créé lui-même, et par ailleurs cependant libre parce qu'une fois jeté dans le monde, il est responsable de tout ce qu'il fait[1402].

L'incidence des sciences de la vie sur les générations futures, y compris sur leur constitution génétique, devrait être dûment prise en considération[1403].

Déterminer ce qui constitue un niveau de risque acceptable est une responsabilité politique[1404].

[1401] J'ai consacré plusieurs articles au principe de précaution, publiés dans les ouvrages suivants : *Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos,* dans CASABONA, Carlos María, *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Grenade, 2004, p. 319 ; dans Rev. Conceptos, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Année 79-N° 1, 2004-9 ; et dans BUXÓ, María J. et CASADO, María (directrices), *Riesgo y Precaución*. *Pasos hacia una bioética ambiental,* publication du Séminaire (29/3/2003), Barcelone, Espagne, 2005, p. 169 ; *El principio precautorio en la responsabilidad ambiental,* dans Rev. Crítica de Derecho privado, n° 10, Montevideo, éd. La Ley Uruguay, 2013, p. 591 et dans Rev. Responsabilidad civil y seguros 2013 n° VIII p. 5. J'ai également eu la chance de participer au groupe de travail qui a préparé, sous la direction du professeur Matthias Kaiser, le document commandé par la COMEST (Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies) et adopté par l'Unesco en 2005 ; je raconte cette expérience dans l'article *El principio de precaución en un documento de la UNESCO*, publié dans Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Année L, Segunda Época, N° 43, 2005, p. 271. Cet article peut également être consulté sur http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf. Par la suite, en qualité de membre du Comité national d'éthique de la science et de la technologie, j'ai participé à la préparation du document intitulé *Anotaciones para una ética en la ciencia y la tecnología N° 2, juillet 2010 El Principio de Precaución*. Le document peut être consulté sur http://www.cecte.gov.ar. Le principe de précaution a une dimension éthique importante, d'où la citation de Sartre qui introduit cet article.

[1402] SARTRE, Jean Paul, L'existentialisme est un humanisme, 1946.

[1403] Pour une analyse de l'article 16 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme de l'Unesco, voir LEYTON, Fabiola, *Precaución y desarrollo sostenible para salvaguardar los derechos humanos,* dans CASADO, Maria (coord.) *Sobre la dignidad y los Principios*, Barcelone, éd. Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 389.

[1404] Commission européenne. Communication sur le principe de précaution, 2002, reprise par SIMON, Jurgen et FISCHER, Christine, Principio de precaución y responsabilidad de las autoridades y funcionarios. El ejemplo alemán de su implementación en la legislación medioambiental, dans CASABONA, Carlos María, Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Grenade, 2004, p. 266.

1. Objectif

27. Afin de favoriser une analyse comparative, je répondrai aux interrogations de la professeure Mathilde Boutonnet dans l'ordre où elles ont été formulées. J'intitulerai donc sous forme de questions les différentes sections, dont certaines sont articulées en sous-titres pour permettre une meilleure compréhension de la réponse.

2. Le principe de précaution est-il reconnu dans le droit interne argentin ?

28. Ma réponse s'articule en trois volets : le premier porte sur la la loi générale sur l'environnement; le deuxième concerne le Code civil et commercial; enfin, le troisième volet aborde la jurisprudence de la Cour fédérale de la République argentine.

2.1 La loi générale sur l'environnement

a) Le texte

29. Le principe de précaution, ci-après « PP », a été inscrit explicitement dans le droit argentin par la Loi générale sur l'environnement 25675, texte légal en vigueur depuis décembre 2002.

Cette loi énonce en son article 4 des principes généraux dont le PP :

« L'interprétation et l'application de la présente loi et de toute autre règle visant à exécuter la politique environnementale seront soumises aux principes suivants (…) :

Principe de prévention : Les causes et les sources des problèmes environnementaux seront traitées d'une manière globale et prioritaire dans le but de prévenir les effets négatifs qu'ils pourraient avoir sur l'environnement.

Principe de précaution : En cas de danger de dommages graves ou irréversibles, l'absence d'informations ou de certitude scientifique ne pourra pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures effectives en fonction des coûts pour éviter la dégradation de l'environnement.

……

Principe de responsabilité : Celui qui par sa faute cause des dommages à l'environnement, actuels ou à venir, est tenu responsable des coûts engendrés par les actions préventives et correctives de reconstitution, sans préjudice de l'application des systèmes de responsabilité environnementale pertinents ».

30. Je tiens à mettre en exergue plusieurs aspects de cet article :

A) L'article établit une distinction très claire entre prévention et précaution.

B) L'*incertitude scientifique* est décrite comme une condition préalable à l'application du PP, ce qui le différencie du principe de prévention.

C) L'article précise que le PP s'applique non seulement dans le cadre de cette loi, mais aussi à *l'ensemble de la réglementation environnementale*. En effet, l'article 4 de la loi 25675 affirme que ces principes doivent guider l'interprétation de *toute norme visant à exécuter la politique environnementale*.

b) Brève justification

31. L'inclusion du PP dans le corps légal n'est pas une lubie des législateurs argentins. Bien au contraire, en matière environnementale, ce principe a une longue trajectoire qui ne se cantonne pas uniquement au Droit.

32. En littérature, Matthias Kaiser cite le livre de Rachel Carlson, *Silent Spring*, publié en 1962 et qualifié de fantaisiste par bon nombre de scientifiques. D'après Kaiser, cet ouvrage est l'un des premiers à avoir diffusé l'impact des technologies sur l'environnement ; c'est un classique de la prise de conscience écologique qui a montré comment parfois, ce qui est initialement perçu comme une avancée scientifique devient plus tard un grave problème environnemental qui ébranle la « foi aveugle »[1405] dans le progrès[1406]. Une autre auteure cite le roman de Nassim Nicholas Taleb, *The Black Swan*. À ses yeux, la fin du livre pousse les hommes à connaître les limites de leur ignorance afin d'éviter de prendre des

[1405] KAISER, Matthias, El principio de precaución y su importancia para la ciencia, dans ROMEO CASABONA et autres, Ética de la biotecnología. Una introducción, Madrid, éd. Comares, 2005, p. 139.

[1406] KHEIR BEK, Lamiaa, Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux : entre réparation et prévention, Marseille, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 21.

risques excessifs. Taleb écrit : « ce que nous appelons ici un Cygne Noir est un événement qui présente les trois caractéristiques suivantes : aberration, impact fort et prévisibilité rétrospective (mais pas prospective). Une poignée de Cygnes Noirs explique pratiquement tout dans ce monde, du succès des idées et des religions à la dynamique des évènements historiques, et jusqu'à certains éléments de notre vie personnelle ». Autrefois ignorés, ces cygnes noirs ont souvent entraîné la destruction de l'existant.

33. Il est en général assez difficile de déterminer précisément la date à laquelle une notion fait son entrée dans le contexte juridique. Le PP est habituellement associé à la pensée philosophique de Hans Jonas[1407]. Le fait est qu'en Amérique, l'inscription du PP dans la réglementation environnementale s'est répandue après la Déclaration de Rio, un instrument applaudi par la doctrine aussi bien dans nos pays[1408] qu'en Europe et tant au niveau du droit communautaire qu'à celui, beaucoup plus large, des Droits de l'Homme[1409].

[1407] Voir, par exemple, BOTTA, Consiglia, Trattamenti sanitari: nuovi rischi e principio di precauzione. Tra tutela del consumatore e privacy, dans CIANCIO M. et MILETTI, A (a cura di) Consumatore e impresa. I contratti e la nuova dimensione delle regole, Naples, éd. Scientifiche Italiane, 2012, p. 175.

[1408] Voir, p. ex., en Argentine, BESTANI, Adriana, *Principio de precaución*, Buenos Aires, éd. Astrea, 2012 ; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (coord.), *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, éd. Lerner, 2008 ; BESALÚ PARKINSON, Aurora V.S., *Responsabilidad por daño ambiental,* Buenos Aires, Hammurabi, 2005 ; LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, éd. La Ley, 2008, chapitre III : *Incertidumbre y riesgos ambientales: prevención y precaución*. L'auteur qui s'est le plus consacré à ce thème en Argentine est sans aucun doute Néstor CAFFERATTA. Dans l'un de ses derniers articles, intitulé *El principio precautorio en el derecho ambiental*, LL 2014-A-821, l'auteur résume en partie les théories qu'il expose dans ses nombreux travaux. En droit uruguayen, voir, entre autres, DÍAZ FERNÁNDEZ, Hugo *El principio precautorio en el derecho de daños al medio ambiente*, dans Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, La Ley Uruguay, n° 8, 2011, p. 291 ; en droit chilien, voir CORDERO VEGA, L. et TAPIA, J., *El principio precautorio y la regulación medioambiental*, LL 2014-A-622.

[1409] TICKNER, Joel A., (éd.) Precaution. Environmental Science and Preventive Public Policy, Washington, éd. Island Press, 2003 ; CAFAGNO, Maurizio, Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune, Torino, éd. Giappichelli, 2007, p. 245 sqq. ; BOERI, Elisa, Il principio di precauzione, funzione preventiva e punitiva del risarcimento, dans VISINTINI, Giovanna (diretto da), Trattato della responsabilità contrattuale, Padova, Cedam, 2009, p. 126 ; LEONARDIS, Francesco, Il principio di precauzione nell' amministrazione di rischio, Milano, éd. Giuffrè, 2005 ; DE SADELEER, Nicolás, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Bruxelles, éd., Bruylant, 1999 ; MAGLIO, Stefano, Diritto ambientale, Ipsoa, 2009, p. 28 ; BONFANTI, Angelica, Imprese multinazionali, Diritti umani e ambiente, Milano, éd. Giuffrè, 2012, p. 89 ; ZACCAI, Edwin et MISSA, Jean N. Le principe de précaution. Significations et conséquences, Bruxelles, éd. de l'Université, 2000, p. 42.

2.2 Le silence du code civil et commercial. Justification.

34. Le principe de précaution ne figure pas dans le Code civil et commercial; seule la prévention est mentionnée parmi les différentes fonctions de la responsabilité civile. En effet, l'article 1708dispose :

« Les dispositions du présent article sont applicables à la prévention du dommage et à sa réparation ».

35. Le code fait une percée décisive, dans la mesure où le principe de prévention est porté au niveau du macrosystème (Code civil et commercial). La question qui se pose est si le PP devrait lui aussi être élevé du microsystème (environnement) au macrosystème (Code civil et commercial).

En d'autres termes, pourquoi a-t-on introduit dans la loi la prévention et non la précaution ?

36. Les auteurs argentins soulignent que le PP est prévu dans la Loi sur l'environnement, mais qu'il s'applique aussi dans d'autres domaines[1410]. Cette affirmation est juste. En revanche, l'inclusion du PP comme une règle générale dans le Code civil et commercial est discutable, car elle demanderait de reconnaître l'application de ce principe à tout le régime de la responsabilité civile.

37. Ces dernières années, l'application du PP au système général de la responsabilité civile a fait l'objet d'études de droit comparé très intéressantes[1411]. Ces contributions sont également nombreuses en Argentine[1412]. La question a d'ailleurs été l'une des thématiques des XXIII[e] Journées nationales de droit civil, célébrées à Tucuman en septembre 2011[1413].

[1410] PEYRANO, Jorge, *Vías procesales para el principio precautorio*, Rev. LL journal du lundi 5/5/2014, correspondant au tome 2014-C.

[1411] Citons, en premier lieu, la thèse de la directrice de cette œuvre, BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile,* Paris, éd. LGDJ, 2005. En Italie, voir COMANDÉ, Giovanni (a cura di) *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità,* Milano, éd. Giuffrè, 2006 ; IZZO, Umberto, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2004 ; MONTINARO, Roberta, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milan, éd. Giuffrè, 2012.

[1412] BESTANI, Adriana, *Principio de precaución*, Buenos Aires, éd. Astrea, 2012 (chapitre VII). Certaines thèses doctorales sur ce sujet n'ont pas encore été publiées. J'ai pour ma part fait partie du jury de thèse de MELO,

38. Sans aborder les critiques formulées à l'encontre du PP[1414] ou les objections adressées à Beck[1415], dont les idées sur la société du risque ont fortement influencé ce sujet[1416], on notera toutefois qu'il n'existe pas encore de position catégorique en faveur de l'intégration de la fonction de précaution dans la responsabilité civile en général. Certains auteurs ont même observé à ce propos que la voie à suivre n'est pas assez claire et que l'on pourrait même distinguer le principe en fonction de son exercice dans le domaine de la responsabilité de l'État ou des particuliers[1417] ; d'autres y voient une exception à une liberté protégée par l'ordonnancement, à savoir, la liberté de prendre ses propres risques[1418].

39. Ainsi, appliqué à la responsabilité civile en général, le PP n'est pas, en droit argentin, suffisamment développé pour être appliqué à tous les domaines du *Droit des dommages*.

40. On retrouve même cette non-reconnaissance dans des domaines clés du droit international, le PP n'étant que rarement appliqué par la Cour internationale de La Haye[1419].

Verónica Elvia, *El principio de precaución: su incidencia en la responsabilidad civil en la era tecnológica*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2011.

[1413] Voir les conclusions, dont seules quelques-unes sont unanimes, dans JA 2011-IV-1093. On trouvera une analyse de ces conclusions dans TANZI, Silvia, *Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil. Tucumán, septiembre de 2011. Breve estudio de las conclusiones de la comisión n° 3. Derecho de daños*, dans Rev. Responsabilidad civil y seguros, année XIII n° 11, novembre 2011, p. 275.

[1414] Le porte-étendard de cette position est indéniablement SUNSTEIN, Cass, *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución,* trad. de Haggen, Madrid, éd. Katz, 2009. En Argentine, pour une position restrictive, voir PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El principio de precaución*, LL 2011-F-943. Pour une réponse raisonnée et aboutie à chacun de ces arguments, voir BESTANI Adriana, *Críticas al principio precautorio: reflexiones fundamentales*, dans Rev. Responsabilidad civil y seguros, année XIV n° 3, mars 2012, p. 5/21.

[1415] BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez et Rosa Borrás, Barcelone, éd. Paidós, 2006

[1416] MÉRIC, Jérôme, PESQUEUX, Yvon et SOLÉ, Andreu, *La société du risque. Analyse et critique*, Paris, éd. Economica, 2009, p. 12 sqq.

[1417] ARBOUR, Marie-Eve, A proposito della nebulosa principio di precauzione/responsabilità civile, dans Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Milano, éd. Giuffrè, 2008, t. I, 513.

[1418] BARBIER, Hugo, *La liberté de prendre des risques*, Marseille, éd. Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2010 n° 323 sqq.

[1419] Sur ce thème, voir BASSAN, Fabio, *Gli obblighi di precauzione nel Diritto Internazionale*, Napoli, éd. Jovene, 2006 ; CAZALA, Julien, *Le principe de précaution en Droit International*, Paris, LGDJ, 2006 (particulièrement, p. 206 sqq.) ; MARINI, Luca, *Il principio di precauzione nel Diritto Internazionale e comunitario*, Padova, Cedam, 2004. Plus particulièrement, sur l'affaire des usines de pâte à papier qui a opposé l'Argentine et son pays frère l'Uruguay, voir Arrêt de la Cour internationale de la Haye du 20/4/2010 dans l'affaire Argentine c/Uruguay, Rev. de

41. Il en va de même pour les droits de l'Homme au niveau régional, où il n'y a pas une position claire et tranchée sur ce point. Ainsi, rappelons, même si cela remonte à assez loin, que dans l'affaire *Tauira et autres c/ la France*, la Commission a rejeté la plainte et n'a pas porté devant la Cour la plainte déposée par 18 personnes qui vivaient en Polynésie française et dénonçaient la réalisation de nouveaux essais nucléaires dans la région. La Commission, citant un précédent de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), a souligné que « la seule invocation de risques inhérents à l'utilisation de l'énergie nucléaire, tant civile que militaire, ne suffit pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d'une violation de la Convention, bon nombre d'activités humaines étant génératrices de risques. Il faut qu'ils puissent prétendre, de manière défendable et circonstanciée, que faute de précautions suffisantes prises pas les autorités, le degré de probabilité de survenance d'un dommage est tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'une violation, à condition que l'acte critiqué n'ait pas des répercussions trop lointaines (CEDH, arrêt Soering c / Royaume Uni du 7 juillet 1989, série A, n° 161, p. 33, par. 85) ». La question de savoir si ces essais nucléaires sont de nature à conduire inéluctablement aux extrêmes démontrés par les nombreux essais précédents est largement discutée, même dans le monde scientifique. Rien ne permet d'affirmer que les essais décidés en juin 1995 auront les conséquences désastreuses qu'invoquent les requérants. Il ne fait pas de doute que les essais atmosphériques ont causé une pollution radioactive par le passé : c'est sur le niveau de pollution et ses conséquences sur l'environnement en général et sur la santé de la population en particulier[1420] que porte la discussion.

42. Par ailleurs, dans certains domaines comme celui de la responsabilité du personnel médical[1421] ou des fournisseurs de services informatiques[1422], le PP a fait l'objet de débats houleux.

Derecho Ambiental n°23 (2010) p. 63, annoté par CARNOTA, Walter, *Escenarios procesales alternativos ante la ignorancia del principio precautorio por parte de la Corte Internacional de Justicia de La Haya* (p. 119 sqq.) ; et ARBUET-VIGNALI, Herber, *Un fallo como pincel para colorear un río. Caso de las fábricas de celulosa sobre el Río Uruguay*, dans Rev. Crítica de Derecho Privado, éd. La Ley Uruguay, Montevideo, n° 7, 2010, p. 485.

[1420] Cette affaire est rappelée par RUOZZI, Elisa, La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti umani, Napoli, éd. Jovene, 2011, p. 80.

[1421] Voir AURENGO, A., et autres (sous la direction de) *Politique de santé et principe de précaution*, Paris, Puf, 2011 ; GROSIEYX, Patrick, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Marseille, éd. Presses Universitaires, 2003.

43. En revanche, il a rencontré moins d'obstacles dans le domaine de la responsabilité du fait des choses, et notamment des aliments[1423] ou encore dans d'autres domaines directement en lien avec la santé[1424], comme l'affaire du sang contaminé à l'époque où l'on ne connaissait pas encore le VIH[1425], le domaine de la nanotechnologie[1426] et tant d'autres qui font l'objet de directives communautaires et ont en conséquence donné lieu à une jurisprudence importante de la Cour de justice de l'Union européenne[1427].

44. Certains sujets bioéthiques ont également ouvert la voie au PP, même s'ils n'ont pas trait à des problèmes environnementaux ; le paradigme est peut-être l'interdiction du clonage reproductif humain.

Quoi qu'il en soit, j'insiste sur le fait que jusqu'à présent, le domaine inhérent au PP est celui des intérêts diffus ou collectifs[1428], lorsqu'il y a d'une manière ou d'une autre un impact sur l'environnement dans le sens large du terme[1429].

[1422] Voir DUHEN, Willy, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, Marseille, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013 n° 60.

[1423] SOLLINI, Matteo, Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare, Milano, éd. Giuffrè, 2006 ; MARICHAL, María E., Las crisis como catalizadoras del derecho: el caso de las recientes crisis alimentarias en la Unión Europa y la instauración del concepto de seguridad alimentaria, dans Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, La Ley Uruguay, n° 7, 2010, p. 15.

[1424] CARRETERO GARCÍA, Ana, La protección de la salud de los consumidores: el principio de precaución en la jurisprudencia del TJCE, dans Rev. española de Derecho Europeo, n°16, 2005, p. 547 ; FOUCHER, Karine, Principe de précaution et risque sanitaire, Paris, éd. L'Harmattan, 2002 ; GROSIEUX, Patrick, Principe de précaution et sécurité sanitaire, Marseille, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

[1425] IZZO, Umberto, La precauzione nella responsabilità civile, Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale, Padova, Cedam, 2004.

[1426] CASADO, M et CORCOY, N., *Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología*, dans CASADO, María (coord.) *Bioética y Nanotecnología*, Barcelone, éd. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 127 ; GUERRA, Giorgia ed altri (a cura di) *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologne, Il Mulino, 2011.

[1427] Voir, entre autres, DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 275.

[1428] Voir ACCONCI, Pia, *Tutela della salute e Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 2011, p. 55 sqq. ; pour le principe de précaution, concrètement, p. 31/36.

2.3 Certaines mentions incorrectes dans la jurisprudence et la doctrine

45. La plupart des décisions qui appliquent correctement le PP imposent des mesures pour éviter les dommages potentiels. Il ne s'agit pas de décisions de réparation des dommages causés. Parfois, le juge cite le principe de précaution, mais l'invoque ou l'applique erronément car il n'y a pas d'incertitude scientifique, l'une des conditions d'application de ce principe. Il arrive encore que certains auteurs donnent des exemples de sources potentielles de risques futurs, or on connaît la dangerosité des produits (déchets de l'industrie du cuir, produits chimiques et substances toxiques déversées dans des cours d'eau, etc.)[1430] ; d'autres emploient même le mot « précaution » dans le titre d'un livre, mais ne font qu'évoquer les cas d'incertitude scientifique[1431].

2.4 Les champs électromagnétiques, un cas fréquent dans la jurisprudence

46. Les champs électromagnétiques supposent des risques classiques en droit de l'environnement. Il y a de nombreuses années, en 1979, une revue scientifique nord-américaine a publié un article dont l'auteur avançait que le décès par cancer de 344 enfants des environs de Denver s'expliquait par les lignes à haute tension situées à proximité de leurs maisons. L'épidémiologiste Wertheimer ne parvenait pas à prouver la cause de cette hécatombe ; pourtant, seule la proximité des maisons pouvait expliquer ce phénomène. À l'aide d'un physicien, elle a commencé à calculer l'intensité de ces lignes magnétiques. L'étude a évidemment fait l'objet de critiques virulentes notamment au sein de la communauté scientifique, car comme chacun le sait, hier comme aujourd'hui, la société moderne ne peut survivre sans énergie électrique. Quoi qu'il en soit, cette étude a le mérite d'être la première

[1429] MAZZITELLI, Alessandro, Il principio di precauzione: inquadramento normativo, natura e limite alla luce della giurisprudenza comunitaria, dans PIERLINGIERI, Pietro ed altri (a cura di), Il diritto dei consumi, Naples, éd. Scientifiche Calabresi, 2005, p. 157.

[1430] Voir p. ex., COZZI, Eugenio, El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil, Bs. As., ad Hoc, 2005, p. 51 sqq.

[1431] PASSALACQUA, Michela, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012. Le livre ne consacre que cinq pages à la distinction entre prévention et précaution (p. 54/59) et concerne pour le reste la prévention, c'est-à-dire aux cas où il n'y a pas d'incertitude scientifique.

d'une myriade d'études médicales sur la dangerosité de ces ondes[1432]. En Argentine, ce sujet a fait l'objet de différentes solutions dans la jurisprudence[1433]. L'affaire *Alarcón Francisco et autres c/Central Dock Sud,* sur laquelle a statué la Cour suprême argentine le 28 septembre 2010 et d'autres décisions rendues par le Tribunal suprême seront abordées ultérieurement. J'aimerais toutefois résumer certains arrêts prononcés par d'autres tribunaux. À noter que dans la plupart des procès, les requérants demandaient la suspension de l'activité et non pas une réparation pour le préjudice subi.

47. Les décisions suivantes s'inscrivent dans la tendance de *négation*, c'est-à-dire celle qui refuse l'application du PP : « Le Tribunal décide le non-lieu de l'action d'amparo impliquant l'éradication des antennes de téléphonie mobile, car les dommages potentiels de l'électromagnétisme sur la santé ou l'environnement invoqués par les requérants n'ont pas été avérés, le recours d'amparo présenté est donc purement spéculatif et dépourvu de tout fondement factuel[1434]». « L'action de dommage pressenti intentée est irrecevable si les expertises prouvent que les antennes en cause respectent les mesures de sécurité qui leur sont imposées afin d'éviter des dommages sur la santé, conformément aux paramètres nationaux et internationaux ; d'ailleurs ces antennes sont en deçà des taux maximum autorisés[1435]».

48. Les décisions suivantes s'inscrivent dans la position *affirmative*, que l'on peut qualifier de majoritaire : « Bien que l'effet négatif des transformateurs contenant des PCB sur la santé de la

[1432] Décrit par NANNA, Concetta Maria, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, éd. Scientifiche italiana, 2003, p. 9.

[1433] Pour la jurisprudence espagnole, voir DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Un singular contraste, en la jurisprudencia española, sobre el significado jurídico del "estado de la ciencia": resoluciones judiciales sobre riesgos de exposición a campos electromagnéticos, dans Rev. Responsabilidad civil y seguros, année XIII n° 4, avril 2011, p. 3 sqq. ; aussi, DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 54 sqq.

[1434] TS Córdoba, 11/3/2003 *Castellani Carlos y otros s/Amparo* (à la majorité), La Ley Córdoba 2003-1200 – critique – commenté par CAFFERATTA, Néstor*, Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba*. Les principaux éléments de la décision sont repris dans DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, p. 183/186.

[1435] Cám. 5° CC Córdoba, 20/3/2007, Derecho Ambiental n° 11, 2007, p. 95, avec une note critique de MORALES LAMBERTI, Alicia, Campos electromagnéticos, poder de policía ambiental y principio precautorio en la reciente doctrina judicial de la provincia de Córdoba

population n'est pas avéré scientifiquement, le danger d'un dommage grave et irréversible suffit à prendre des mesures impliquant la restriction ou l'interdiction d'activités présumées dangereuses sur la base d'études scientifiques objectives d'évaluation préliminaire, selon les termes de la Loi 25675[1436] ».

« Ordonner à la Direction de l'énergie électrique de déplacer et de remplacer les transformateurs situés à proximité du domicile d'une femme atteinte de cancer, car bien qu'il ne soit pas prouvé scientifiquement qu'ils contiennent des PCB, il y a de sérieuses présomptions que ces appareils pourraient avoir contenu cette substance interdite par la législation nationale[1437] ».

« Interdire les travaux liés à l'installation souterraine en double drapeau de câbles électriques destinés à alimenter une sous-station jusqu'à ce que les facultés de médecine et d'ingénierie de l'Université de La Plata donnent leur avis sur les éventuels effets négatifs sur la santé des champs électromagnétiques, étant donné qu'au vu des rapports officiels publiés par des organisations internationales, on peut raisonnablement conclure que les habitants de cette commune pourraient subir des dommages potentiels du fait d'une exposition continue et prolongée aux champs magnétiques produits par les câbles à haute tension[1438] ».

« Prononcer la mesure de protection demandée par les habitants d'un quartier pour ordonner l'arrêt des travaux d'aménagement d'une antenne de téléphonie mobile, car cette installation n'a pas obtenu l'autorisation nécessaire et le terrain où l'antenne serait montée se trouve dans une zone urbaine et à proximité d'une crèche. Ces raisons suffisent à garantir la *vraisemblance du droit* à la lumière du principe de précaution[1439] ».

« Ordonner le retrait d'un transformateur installé dans une école. Néanmoins, étant donné que ce transformateur approvisionne en énergie électrique les habitants de ce secteur, des tiers qui ne sont pas

---

[1436] Cám. Civ. y Com. Corrientes, sala IV, 5/10/2005, JA 2005-IV-330 ; dans Rev. Resp. Civil y Seguros, année VIII, n° 5, Mai 2006, p. 97, La Ley Litoral 2006-135

[1437] Cám. Civ. y Com. Corrientes, sala IV, 22/6/2012, La Ley Litoral 2012-657.

[1438] Cám. Fed. La Plata, 30/8/2007, sala 1, *Edesur c/Municipalidad de Berazategui,* Rev. de Derecho Ambiental n° 13, 2008, p. 155, avec note d'approbation de FALBO, Aníbal, *La tutela del ambiente ante la incertidumbre* (p. 161 sqq). Dans cette affaire, on ordonne la suspension des travaux de câblage souterrain en double drapeau de câbles électriques destinés à l'alimentation d'une sous-station. On peut citer une affaire semblable, jugée par la II^{eme} salle de ce même tribunal le 8/7/2003 (Voir un résumé de cette décision dans DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, p. 192).

[1439] Cám. Fed. La Plata, sala III, 25/10/2007, *Agüero c/ Municipalidad de Cañuelas,* LL 2008-E-601, annotations de ARANCET, Alejandra, *Contaminación urbana electromagnética* et dans ElDial AA43D1.

concernés par ce différend et dont les droits en tant qu'utilisateurs et consommateurs doivent être convenablement protégés et respectés, la partie défenderesse doit user de tous les moyens nécessaires pour assurer l'approvisionnement électrique normal des utilisateurs de ce secteur une fois que le transformateur sera retiré ou mis hors service. À cet effet, elle devra présenter dans un délai de 30 (trente) jours ouvrables le calendrier des travaux et une fois ledit calendrier approuvé et les travaux initiés, présenter des rapports bimensuels sur l'avancement dans l'exécution de la décision au juge de première instance[1440] ».

« Refuser le recours d'inconstitutionnalité intenté par une commune contre la résolution demandant la désactivation et le démantèlement des installations de téléphonie, radiotéléphonie, radars et autres éléments irradiant des ondes électromagnétiques dans la commune, leur transfert vers des lieux où il n'y ait pas de risques sur la santé et l'environnement et l'interdiction d'installer de nouvelles antennes, dans la mesure où il n'existe pas encore de certitude scientifique sur l'innocuité des émissions électromagnétiques des antennes[1441] ».

2.5 Le PP dans le domaine de la fonction de réparation de la responsabilité civile

49. Quoiqu'en moindre mesure, le PP a aussi des répercussions dans le domaine du dédommagement. En effet, si par exemple le dommage survient et que l'État n'a rien fait pour l'éviter sous prétexte que la survenance du dommage ne faisait pas l'objet d'une certitude scientifique, mais au contraire d'une incertitude, l'État peut être tenu responsable du manquement à l'obligation d'agir prévue dans l'article 4 de la loi sur l'environnement si cette omission a un rapport de causalité avec le dommage survenu.

[1440] Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala I, "Defensoría del pueblo de la ciudad de buenos aires contra GCBA y otros sobre amparo, 27/03/2008, La Ley Ciudad Autónoma de Bs. As. 2008, n° 1 p. 116.

[1441] ST Jujuy, 16/4/2007, La Ley Noroeste 2007-709. Une affaire semblable a été résolue par la Chambre fédérale de San Martín, province de Buenos Aires le 22/12/2000, en faisant droit au recours de protection demandé par une personne atteinte d'un mal « pouvant prétendument avoir un lien avec les produits toxiques d'un transformateur situé à proximité de chez elle ». Cette affaire est citée par DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, p. 172. L'auteure affirme que le Tribunal a fait erreur en invoquant le principe de prévention et aurait dû invoquer le principe de précaution, étant donné qu'il n'y avait pas de certitude scientifique sur le rapport de causalité potentiel entre le transformateur et la maladie de la requérante.

50. En revanche, si le gouvernement prend des mesures raisonnables et qu'au final, le dommage ne se produit pas, les personnes pénalisées par l'application d'une mesure restrictive pourraient être dédommagées, à condition que les conditions imposées par chaque législation pour responsabiliser l'État d'un acte licite soient réunies.

51. Rappelons encore, en droit communautaire, l'affaire où le Tribunal de l'Union européenne a déchargé la Commission de sa responsabilité. Il s'agit de l'arrêt rendu dans l'affaire *Malagutti-Vezinhet* (T 177/02) du 10 mars 2004. L'organe communautaire a été saisi pour avoir mis en activité le système de communications établi dans la directive 92/59/CEE du Conseil, du 29 juin 1992, relative à la sécurité générale des produits[1442]. En effet, la Commission avait diffusé un message d'alerte rapide informant, conformément à un communiqué du gouvernement du pays importateur, la présence de résidus de pesticides dans des pommes[1443] en provenance de France et mentionnant le nom de la requérante en tant qu'exportateur des marchandises en cause. Seule la Commission, et non pas le pays où le communiqué avait été diffusé, a été saisie. Le Tribunal a déclaré : « S'agissant de prévenir des risques pour la santé des consommateurs, il suffisait que la Commission se trouve en présence d'éléments plausibles indiquant l'existence d'un lien entre la requérante et les pommes incriminées ; dans la mesure où des incertitudes peuvent subsister à cet égard, selon le principe de précaution prévalant en matière de protection de la santé publique, l'autorité compétente peut être obligée de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique. S'il fallait attendre l'aboutissement de toutes les recherches nécessaires avant l'adoption de telles mesures, le principe de précaution serait privé de son effet utile[1444] ».

[1442] Cette directive a créé un système d'échange rapide d'informations dans des situations d'urgence liées à la sécurité des produits. Il s'agit du « système d'alerte rapide pour les denrées alimentaires et les produits pour animaux ».

[1443] Les pommes contenaient prétendument du dicofol à des concentrations dépassant le seuil autorisé par la réglementation de l'UE. Il a néanmoins été prouvé à posteriori que les pommes ne contenaient pas cette substance.

[1444] Pour d'autres affaires traitées par le Tribunal, voir NOVELLI, Mariano et TABARES, Juliana, *Problemática del principio precautorio en la Unión Europea*, dans Rev. de Derecho Ambiental n° 32 (2012) p. 275 ; SANZ LARRUGA, Francisco J., *El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria,* dans Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, année 2002-1 117-131 ; BERMEJO GARCÍA, Romualdo et autre, *Algunas cuestiones en torno a los organismos modificados genéticamente y su evolución: hacia el futuro con cautela*, dans ESCUDERO

2.6 Le PP à la Cour suprême de Justice de la Nation argentine

52. La République argentine est régie par la règle selon laquelle une décision ne peut être examinée par la Cour suprême que si elle est définitive, c'est-à-dire, si la question de fond ne peut être modifiée par une autre voie. Cette condition dans l'emploi du recours extraordinaire est liée à ce que l'on appelle la *définitivité* de l'arrêt. À plusieurs reprises, la Cour fédérale a observé que lorsqu'une requête en faveur de la protection de l'environnement est introduite sur la base du principe de prévention ou de précaution, il ne s'agit pas d'une mesure préventive, mais d'un processus urgent, autonome et définitif et que l'arrêt, en conséquence, est définitif et peut donc être examiné par la Cour[1445].

53. La jurisprudence n'est néanmoins pas tout à fait claire à ce sujet. Le président de la Cour suprême, le D[r] Ricardo Luis Lorenzetti, a pour sa part maintenu une ligne bien définie : le jugement qui applique ou nie l'application du PP est définitif et ne doit pas être assimilé à un jugement qui résout une mesure conservatoire[1446]. En revanche, les autres juges de la Cour ont des positions diverses, selon l'affaire qui leur est soumise.

a) Le premier arrêt qui mentionne le PP, bien que dans le vote de la minorité, est celui de l'affaire Asociación de superficiarios de la Patagonia c/YPF et a été rendu le 13 juillet 2004.

54. En effet, se basant sur le PP, trois des sept juges de la Cour suprême ont choisi de faire droit à la prétention d'imposer au défendeur l'obligation de souscrire à une assurance. Bien qu'en minorité, ils ont ouvert la voie à l'application du PP dans des décisions ultérieures.

ESPINOSA, J.F. (directeur), *La bioseguridad en la encrucijada europea. La aplicación jurídica en Francia y en España*, Valencia, éd. Tirant lo Blanch, 2012, , p. 24 sqq.

[1445] Arrêts : 331:1622.

[1446] En Argentine, comme aux États-unis, chaque juge peut exposer son avis dissident par rapport à l'avis majoritaire.

b) Werneke Adolfo et autres, 14/10/2008[1447]

Cette affaire est particulièrement intéressante car certains votes relèvent du thème complexe de la charge de la preuve. La Chambre fédérale de Bahía Blanca a déclaré inapplicable une loi provinciale qui autorisait la pêche artisanale et l'octroi de permis de pêche dans une réserve naturelle, dans la mesure où elle allait à l'encontre de la protection de l'environnement prévue par la Constitution nationale[1448]. Elle a affirmé que « l'absence d'une étude qui permette d'établir avec la rigueur scientifique nécessaire s'il est possible ou non d'exploiter les ressources en poissons de la zone et, le cas échéant, les volumes admissibles ainsi que les espèces dont la capture doit être immédiatement interdite, ne peut être un argument pour rejeter la mesure sollicitée qui recherche la protection de l'espace de biodiversité dans une zone de réserve naturelle à usages multiples, si le caractère irréversible du processus implique le risque d'interdire aux générations futures l'accès à l'utilisation ou à la jouissance de la ressource ». Elle affirme, peut-être avec trop d'audace, que : « Lorsqu'une action ou un processus peuvent engendrer un dommage environnemental de nature irréversible, comme c'est le cas pour la pêche commerciale et artisanale en zone de réserve naturelle à usages multiples, pour résoudre une demande de mesure conservatoire, c'est le principe de précaution qui régit, caractérisé par le fait qu'il *inverse la charge de la preuve,* qui incombe alors à celui qui prétend altérer le *statu quo* par le biais du développement d'un projet ou d'une activité industrielle ».

55. La décision a été contestée par la province de Buenos Aires et par un groupe de pêcheurs artisanaux. La Cour a décidé dans sa majorité de rejeter formellement le recours. Deux votes ont adhéré à l'arrêt du procureur et ont favorisé l'ouverture du recours extraordinaire et la confirmation de l'arrêt. Les concepts introduits dans le jugement du procureur, se référant à la charge de la preuve dans le PP sont intéressants :

[1447] Arrêts : 331:2223.

[1448] *Cámara Federal. de Bahía Blanca, sala 1°*, 11/05/2006, ED 216-414 ; Rev. de Derecho ambiental, n° 8, 2006, p. 159, note de GARCIA MINELLA Gabriela*, Bahía San Blas: un lugar en el mundo* (p. 171) et de VEZZULLA Juan M., *La protección del desarrollo sustentable en el caso "Bahía San Blas". Un enfoque sistemático e intergeneracional* (p. 186).

56. « Lorsque l'on affirme que le principe de précaution implique une *inversion de la charge de la preuve,* cette expression ne doit pas être comprise au sens littéral ou strict. À savoir, elle ne suppose pas que celui qui introduit le risque doive éliminer tout doute en ce qui concerne la dangerosité du produit ou de l'activité en question et prouver un *risque zéro*. Précisément, dans un domaine dominé par les incertitudes scientifiques, il serait contradictoire d'exiger la preuve scientifique qu'il n'existe aucun risque, car cela supposerait de réclamer une preuve impossible, une preuve négative (*probatio diabólica*). Il s'agit en réalité de promouvoir un rôle plus actif de qui introduit le risque dans l'effort visant à déterminer son degré de probabilité et de sa magnitude. Autrement dit, le principe de précaution autorise les autorités publiques à exiger à qui introduit des produits ou développe des activités potentiellement dangereuses d'apporter ses propres conclusions scientifiques sur la base desquelles il estime que tels produits ou activités n'entraînent pas de risques disproportionnés pour le public ou l'environnement ».

c) Salas Dino et autres c/ Province de Salta et État National, 29/12/2008[1449], 26/3/2009[1450] et 13/12/2011[1451]

57. Il s'agit de la première affaire dans laquelle un arrêt de la Cour applique le PP.

[1449] SALAS Dino, 29/12/2008, Jugements 331-3258, LL 2009-A-420 ; ED 235-1176, notes de KRANNICHFELDT Leticia, *Hacia la protección jurídica de los bosques nativos* et de ISOLA Alfredo E., *Amparo ambiental* ; dans LL 2009-C-471 (résumé), note de DI PAOLA María E. et ESAIN José, La *Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño* ; dans LL 2009-F-465 (résumé) note de MENDIVIL Andrea*, ¿No innovar contra la administración? El juego del principio precautorio y la presunción de legitimidad a partir del caso Salas*. On a affirmé que les antécédents de l'affaire Salas peuvent se trouver dans l'arrêt de la CSJ du 08/09/2003, *Comunidad Indígena del Pueblo Wichi c/Secretaría del medio ambiente y desarrollo sustentable* (LL 2004-C-277). Dans ce précédent, des permis de déboisements avaient été contestés en l'absence d'une évaluation d'impact sur l'environnement (EIE). L'arrêt jette les bases de l'obligatoriété de l'EIE (Voir SBDAR Claudia, *Revisión judicial de los instrumentos de gestión y política ambiental. Su análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL 2009-F-1148).

[1450] Jugements 332-663 et dans LL 2009-B-683 (résumé), note de AGUIRRE ASTIGUETA Sebastián, *El principio precautorio ante el conflicto entre desarrollo y preservación*.

[1451] CSJN, 13/12/2011, LL 2012-B-191, notes de AGUIRRE ASTIGUETA, *Intervención cautelar de la Corte en materia ambiental.*

Des associations de peuples originaires et d'autres personnes se sont individuellement plaintes de l'abattage indiscriminé d'arbres, activité réalisée avec l'autorisation délivrée par le gouvernement provincial. La Cour, dans sa décision de décembre 2008, a invoqué le PP, a convoqué une audience publique, a suspendu provisoirement les travaux d'abattage et de défrichement et a ordonné la remise d'un ensemble de rapports. Le 13/12/2013, la Cour, ayant décrété que les mesures disposées avaient été respectées, a levé la prohibition dictée à travers la mesure conservatoire car « les circonstances qui avaient déterminé la sentence ne subsistaient plus étant donné que le danger de dommage irréversible qui avait déterminé la décision avait disparu ». À partir de ce moment-là, elle s'est désintéressée de l'affaire.
En somme, après avoir dicté ses trois résolutions, la Cour s'est déclarée incompétente dans le suivi de ce dossier mais, dans l'intervalle, elle est intervenue pour donner une réponse, ne serait-ce que transitoire, à un grave problème environnemental présent dans la province de Salta[1452].

d) CSN, 28/09/2010, Alarcón Francisco et autres c/Central Dock Sud[1453]

58. Un groupe de voisins a lancé une action contre l'entreprise Central Dock Sud dans le but d'obtenir : *(i)* la réparation suite aux dommages et préjudices dérivés de l'installation d'une ligne de haute tension qui s'étend tout au long d'une rue, *(ii)* l'arrêt de la pollution et de la perturbation environnementale. Pour ce faire, ils ont postulé l'interdiction de l'utilisation des lignes de transmission d'électricité et le retrait des pylônes et des câblages existants. Demande a été faite de dicter une mesure conservatoire consistant en l'arrêt de l'utilisation des lignes de haute tension situées en face de leurs maisons et le retrait des pylônes et des câblages existants. Il a été invoqué que la ligne de haute tension mentionnée était une atteinte contre l'environnement et la santé, qu'elle présentait un risque d'électrocution, d'incendie et d'explosions et, notamment, que les voisins risquaient de contracter des maladies du fait de l'exposition aux champs magnétiques émis.

59. La salle II de la Chambre d'appel fédérale de La Plata a confirmé l'arrêt de première instance et a rejeté la mesure préventive sollicitée par les acteurs. Elle a toutefois disposé une mesure de

[1452] Consulter BENAVENTE María, *El legado del caso "Salas"*, dans Rev. de Derecho Ambiental n° 30 (2012) p. 25.
[1453] ED 240-1127, Doc. Judicial, bulletin 2011 n° 2, p. 23.

précaution différente : elle a intimé aux entreprises défenderesses l'ordre que, dans un délai de cent vingt jours, des démarches soient réalisées avec les acteurs dans le but de prévenir les possibles dommages que la pollution électrique provoque dans leur environnement. De plus, elle a établi que les deux parties devaient signer les accords nécessaires pour la préservation des droits des acteurs en envisageant même leur transfert à des logements adéquats dans des secteurs où ils consentent à être déplacés et dont les coûts pourraient, éventuellement, être déduits de l'indemnisation sollicitée. Il a également été établi que les entreprises défenderesses devaient présenter à ce tribunal un rapport détaillé sur les résultats obtenus. Le tribunal a fait remarquer qu'actuellement, il n'existe pas de certitudes scientifiques provenant des recherches et que certains résultats sont même fréquemment contradictoires. Pourtant, l'Organisation mondiale de la santé recommande que, tant que les recherches sur ce thème ne sont pas terminées, ce sont les normes de sécurité internationales et nationales, parmi lesquelles se trouve la résolution 77/98 du Secrétariat à l'énergie de la Nation qui adopte les lignes directrices internationales en la matière, qui doivent être respectées. Elle a fait remarquer qu'il existait des différences avec une affaire similaire pour laquelle le tribunal avait donné lieu à la suspension de travaux de câblage, dans la mesure où dans ce cas-là, les travaux n'avaient pas encore été achevés. Il a conclu que, par conséquent, il ne pouvait pas faire valoir la mesure d'arrêt d'utilisation d'une ligne de haute tension qui se trouvait en fonctionnement, encore moins si l'on considère les dommages provoqués à la prestation normale d'un service public essentiel pour la communauté, aspect qui ne pouvait être ignoré et devait être pris en considération au moment de la décision.

60. La partie défenderesse a fait appel de cette décision. Quatre juges, qui ont constitué la majorité, ont rejeté l'appel en faisant valoir l'inexistence d'arrêt définitif (ils ont soutenu qu'il s'agissait d'une mesure conservatoire).

Trois juges ont compris que l'arrêt réunissait les caractères de *définitivité*. Ils ont rappelé que lors de décisions antérieures, la Cour avait soutenu que lorsque l'on fait valoir la protection de l'environnement sur la base du principe de prévention ou de précaution, il ne s'agit pas d'une mesure préventive mais d'un processus urgent, autonome et définitif. Ce vote a soutenu que le jugement devait être annulé, en raison des arguments suivants :

- L'application du principe de précaution, comme *principe juridique de droit substantiel* est un *guide de conduite*.

- La limite des facultés judiciaires est donnée par le respect des principes de la procédure régulière et de la défense en justice. Il ne revient pas aux juges d'étendre le principe *iura novit curia* et de s'écarter de ce qui résulte des termes de la plainte ou des défenses présentées par les accusés. L'arrêt attaqué, dans la mesure où il a disposé des mesures que personne n'avait sollicitées, a affecté les principes de la procédure régulière et de la défense en justice.

e) CSN, Schroder Juan et autres c/ Invap. 04/05/2010[1454]

61. Un habitant de la province de Buenos Aires a intenté une action en justice dans le but de faire déclarer nulle une clause d'un accord signé entre une société de l'État (INVAP) et ANSTO (*Australian Nuclear Sciencie & Technology Organization*). Il avait interprété que selon cette clause, l'INVAP et l'État national chercheraient à faire entrer sur le territoire national du combustible brûlé d'un réacteur nucléaire vendu à l'Australie, des résidus et des déchets radioactifs.

62. Le juge de première instance a rejeté la plainte mais la Chambre fédérale de Bahía Blanca a annulé cette décision de première instance, fait valoir la prétention et déclaré que : « l'intention de la partie défenderesse d'introduire sur le territoire national du combustible brûlé, d'un réacteur nucléaire vendu à l'Australie ainsi que des déchets radioactifs est inconstitutionnelle ». Elle a également ordonné au pouvoir exécutif national d'adopter les mesures nécessaires pour faire respecter l'interdiction d'entrée qui avait été établie.

63. Une fois la voie de recours extraordinaire ouverte, la Cour fédérale a demandé une audience publique à caractère informatif, dans laquelle les représentations de chacune des parties ont été interrogées sur divers aspects de la demande qui avait été portée à sa connaissance.

[1454] ED 238-1129 ; résumé du jugement dans LL 2010-D-29 ; résumé dans LL 2010-E-203, note de JIMÉNEZ Eduardo P., *Combustible gastado o desechos radioactivos* ; Doc. Judicial, año XXVI, n° 26, 30/06/2010 (synthèse).

La Cour a estimé que :

- La preuve de l'existence de déchets d'une telle nature n'avait pas été produite ;
- Une interprétation adossée au droit en vigueur empêche de déclarer l'inconstitutionnalité d'une intention. La déclaration de nullité d'une clause contractuelle est légitime lorsqu'il est démontré avec des preuves claires et concrètes que celle-ci s'oppose au cadre environnemental qui est d'ordre public, mais il ne convient pas de faire de même au sujet d'une intention qui indique qu'un acte peut ou non être mené à bien ;
- En l'état de la cause, on ne pouvait établir de supposé pour lequel le PP soit applicable dans la mesure où il n'existe pas de preuve de l'existence d'un danger de dommage grave ou irréversible dérivé de ces combustibles.

64. Bien qu'elle ait annulé le jugement, la Cour a précisé, avec un vote dissident de la D^re^ Carmen Argibay que « la conclusion obtenue ne frustre pas ni ne diminue les facultés desquelles peut se prévaloir, entre autres, la partie plaignante pour effectuer un suivi rigoureux de l'évolution de l'application du contrat et, au cas où un danger de dommage environnemental qui puisse configurer un cas de contentieux de la portée soulignée dans le 10^ème^ considérant était avéré, pour agir de manière préventive ou par précaution selon les actions judiciaires pertinentes ».

f) CSN, 26/05/2010 « Association multisectorielle du Sud en défense du développement durable c/ Commission nationale d'Énergie atomique[1455] »

65. Une association a sollicité que la défenderesse : *(i)* respecte les prévisions de la Loi 25675 qui « établit les budgets minimums pour mener une gestion durable et adéquate de l'environnement, la préservation et la protection de la diversité biologique et la mise en place du développement durable » ; *(ii)* soit dûment inscrite au registre national de générateurs et opérateurs de déchets dangereux (Lois 24051, 25612 et Code civil). Elle déclare également qu'avant d'ordonner ces mesures, il était nécessaire de : (A) *dissiper l'incertitude juridique* du régime légal de la loi de déchets radioactifs […] en considérant que la Commission nationale de l'énergie atomique (CONEA) génère et est responsable de

[1455] CSJN, 26/05/2010, LL 2010-D-30, ED 238-1136 et JA 2011-I-466.

la gestion, du transport, de la manipulation et de la disposition finale des déchets dangereux et pas seulement radioactifs de faible radioactivité qui font l'objet d'un autre traitement légal et d'appliquer la loi 24051 ; (B) déterminer « si les déchets de faible radioactivité transportés par l'entreprise DIOXITEK de Córdoba à Sierra Pintada contiennent aussi des résidus dangereux, ce qui implique un transport interjuridictionnel, la CONEA devant être inscrite sur le registre national de générateurs de résidus dangereux » ; (C) établir « si dans l'ensemble des passifs environnementaux déposés à Malargüe et à Sierra Pintada, il existe des déchets dangereux, de même que dans les mines abandonnées de Agua Botada et de Huemul ».

66. Le juge de première instance a accueilli la mesure d'interdiction de toute modification et a ordonné à la Commission nationale de l'énergie atomique (CONEA) de s'abstenir de modifier l'état actuel du gisement minier Sierra Pintada et de faire entrer ou sortir du complexe minier toute charge autre que celle qui est strictement utile à son entretien et à sa conservation.

67. La Chambre fédérale de Mendoza a annulé la décision parce que dans l'action déclarative (action principale déduite), ce type de mesures préventives n'a pas lieu d'être ; de plus, les prérequis classiques nécessaires à ce type de mesures n'ont pas été réunis.

68. L'association a fait appel devant la Cour, en disant que si la Commission nationale de l'énergie atomique rouvre les gisements miniers d'uranium, il se produira un dommage impossible à réparer par la suite (impact sur la vie et la santé des personnes exposées) ; la loi 25675 qui exige pour ce type d'activités une étude d'impact sur l'environnement préalable, la souscription d'une assurance environnementale et l'obtention d'un fonds de restauration sera impunément violée ; les dispositions qui régulent le transport interjuridictionnel ne seront pas respectées.

Trois juges ont adhéré au jugement du procureur et ont rejeté formellement le recours, argumentant que les mesures préventives ne génèrent pas de décisions définitives susceptibles d'être revues par le recours extraordinaire.

Le Dr Lorenzetti a suivi la majorité et a rejeté le recours en appel, faisant valoir un autre argumentaire qui distinguait entre prétention déclarative pour mettre fin à un état d'incertitude par rapport à une relation

juridique et une prétention qui réclame l'application du PP. Il a insisté sur le fait que même si les juges disposent d'amples facultés pour la protection de l'environnement, ils ne peuvent modifier l'objet de la prétention en examinant un type d'action comme s'il s'agissait d'un autre, distinct. *C'est ce qui se passerait si au lieu de statuer sur le manque de certitude*, l'on faisait une analyse du risque environnemental et l'*on disposait des mesures qui excèdent totalement le cadre légal de l'action.*
Trois juges, en minorité, ont suggéré d'annuler la décision. Ils ont affirmé que la Cour d'appel avait omis de réaliser un bilan provisoire entre la perspective d'un dommage grave et irréversible et le coût de donner crédit à l'application des mesures sollicitées, principalement à la lumière du PP.
En somme, cette sentence traite le PP mais, par décision de la majorité, en maintenant le jugement de la chambre d'appel, on pourrait estimer qu'implicitement, elle ne le considère pas applicable à ce cas-là[1456].

g) Leaño Julia Rebeca et autres c/ Province de Jujuy, 29/03/2011[1457]

69. Un groupe d'habitants a déposé un recours d'amparo contre la province de Jujuy. Il lui demandait de : *(i)* s'abstenir de délivrer tout permis de sondage, d'exploration ou d'exploitation minière à ciel ouvert ou, pour tous ses processus, d'utiliser des substances chimiques comme le cyanure, le mercure, l'acide sulfurique, l'uranium et autres substances toxiques similaires dans la zone de la Quebrada de Humahuaca ; *(ii)* annuler les permis délivrés ou en cours. L'article 41 de la Constitution nationale qui protège le droit à un environnement sain et le PP ont été invoqués.

70. Le juge de première instance a rejeté la requête. Le cas est parvenu au Tribunal supérieur de Jujuy qui, à sa majorité, le 23/02/2010[1458], a annulé la décision mais, après avoir considéré que la

[1456] À titre d'anecdote, signalons que la CONEA a été sanctionnée par le département général d'irrigation de Mendoza pour la contamination de l'eau utilisée pour l'activité minière, étant donné que la présence de fortes concentrations d'uranium dans les nappes phréatiques de la zone subjacente a été prouvée. Cette sanction a été confirmée par la Cour suprême de la province de Mendoza le 17/05/2012. (Rev. de Derecho Ambiental n° 34, Avril-Juin 2013, p. 279, note de PINTO Mauricio, *Contaminación minera y recurso hídrico: a propósito de la eficacia en el control*).
[1457] CSN 29/03/2011, Doctrina Judicial n° 23, 2011, p. 42.

procédure avait violé le droit de défense d'une partie en droit d'agir (l'entreprise à laquelle les autorisations avaient été délivrées), a ordonné le renvoi du dossier au tribunal d'origine pour que, sur convocation de cette entreprise, il dicte une nouvelle sentence.

Le juge Tizón, en minorité, a défendu l'idée qu'il soit fait droit à la demande, en invoquant le PP et en affirmant avec emphase : « Permettre de nouvelles exploitations minières à ciel ouvert sur un territoire déclaré patrimoine culturel de l'humanité, sachant que cet acte ou déclaration est révocable et qu'une telle révocation causerait sûrement des dommages à l'infrastructure touristique mise en place, s'avère être un contresens absurde ».

71. La décision a été présentée en appel. Le Tribunal supérieur de Jujuy a accepté l'appel mais la Cour fédérale a déclaré la nullité de cette résolution judiciaire pour vice de forme.

h) Communauté du village diaguita de Andalgalá c/ Province de Catamarca p/protection environnementale, 17/04/2012[1459]

72. La communauté du village diaguita d'Andalgalá a déposé une requête de protection environnementale devant la Cour suprême de Justice de la Nation contre la province de Catamarca, l'entreprise Minería Agua Rica LLC (filiale Argentine), l'État national, la province de Tucumán, Salta, La Rioja et/ou quiconque résulte titulaire de la concession minière en charge de l'exploitation du gisement Agua Rica, afin que soit ordonné l'arrêt immédiat de tout type d'activité et/ou exploitation menée à bien dans cette zone. Ses arguments étaient qu'il existait un danger grave et imminent pour la salubrité et l'habitabilité de l'environnement où réside cette communauté. Elle a sollicité que soit pris en considération le principe de précaution.

[1458] ST Justicia 23/02/2010, *Leaño Julia R. c/ Estado provincial*, JA 2010-III-307 ; LL Noroeste 2010-421. Le jugement est publié en résumé, note de AGUIRRE ASTIGUETA Sebastián, *Otra vez el principio precautorio: explotaciones mineras en la Puna*.

[1459] CSN 17/04/2012, LL 2012-C-101 et 324 ; 2012-D-654 (résumé), note de GÓMEZ Antonio G., *Competencia federal y megaminería*.

73. La Cour suprême a suivi dans sa majorité le jugement du procureur, se déclarant incompétente.

En dissidence, le Dr Ricardo Lorenzetti a particulièrement insisté sur plusieurs questions d'intérêt pour l'application du PP, établissant la liste suivante :

- Selon les rapports incorporés au dossier, il existerait d'importants risques en rapport avec la quantité d'eau superficielle, notamment une réduction de l'eau de la rivière Minas qui peut diminuer les flux d'eau en aval, en direction du fleuve Andalgalá dans une moyenne de 5 % (jusqu'à atteindre un maximum de 8 %, en saison sèche). Cette situation pourrait avoir des effets adverses sur l'agriculture, l'économie locale et la qualité de la vie humaine ; de même, l'habitat et la vie aquatique pourraient également être affectés par de tels changements de débit.
- Dans aucun précédent, dans le but de fixer sa compétence, la Cour n'a exigé la présentation d'une évaluation scientifique ou d'une étude qui prouve la pollution effective ou la dégradation du recours interjuridictionnel (Jugements 329:2469). Au contraire, cette jurisprudence signale qu'il suffit que dans l'exposition des faits tels qu'ils sont présentés dans la plainte, l'on observe que le dommage affecte directement un recours interjuridictionnel.
- Dans ce cas, le PP oblige à suspendre le projet jusqu'à ce qu'une étude d'impact accumulatif soit réalisée. À cet effet, les communautés résidant dans la zone affectée devront être invitées à avoir une ample participation. Cette étude devra se concentrer sur l'analyse de l'impact environnemental accumulatif de l'exploitation du gisement Agua Rica, sur le climat, le paysage et l'environnement en général, ainsi que sur les conditions de vie des habitants. De cette manière, elle devra proposer une solution qui harmonise la protection des biens environnementaux avec le développement en fonction des coûts et des bénéfices en jeu.

« Il ne s'agit pas d'interdire de manière irrationnelle mais d'autoriser raisonnablement ».

3. Existe-t-il des actions visant la prévention des dommages ? Quels en sont les conditions ou les présupposés ? Laissent-ils une place au principe de précaution?

3.1. Réponse générale

74. Oui, le droit argentin contient des actions visant la prévention du dommage, tant dans le Code civil et Commercial que dans la Loi sur l'environnement.

3.2. Mesures urgentes. Juge compétent

75. En Argentine, contrairement à ce qui se passe en France, il n'existe pas de juges spéciaux aptes à prendre des mesures d'urgence. Normalement, le juge qui décide la mesure conservatoire est le même que celui qui résout par la suite le fond du problème.

3.3. Modifications que le PP a introduites dans différentes figures du Droit procédural traditionnel

76. Le PP a produit de nombreux changements dans les prérequis classiques de diverses figures procédurales ; outre la question de la *définitivité* du jugement, à laquelle nous avons déjà fait référence, il importe de considérer ce qui suit :

a) Mesures conservatoires

77. D'une certaine manière, l'incertitude scientifique semble s'opposer à la notion de "vraisemblance du droit", exigence classique des mesures préventives. C'est pour cela que les juges appliquent le PP en adaptant cette condition. En ce sens, le Tribunal suprême de la province de Buenos Aires, a déclaré, en s'appuyant sur d'éminents représentants de la doctrine, que la nécessité de « rétablir des situations de fait ou d'empêcher depuis le début, que la destruction ou la pollution ne progressent, sort les mesures préventives de leur champ traditionnel pour leur faire jouer une fonction dont la justification est connaturelle à des situations régies non seulement par le droit privé mais aussi public »[1460].

[1460] SC Bs As 08/08/2012, Doc. Jud. Année XXIX, n° 3, 16/01/2013 p. 20, LL 2012-E-537 (vote du D[r] Hitters), LL Bs. As. 2012-851 et résumé de BUDASSI I. et BLANCO M., *Amparo ambiental. Principio precautorio. Prueba del daño*, dans JA 2012-IV-728. Consulter également Jalil Julián E., *La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias*, dans Rev. Resp. Civil y seguros, année XVI, N° 4, avril 2014, p. 185.

78. C'est pour cette même raison que si l'acte administratif répond au PP, l'origine de la mesure conservatoire de suspension de cet acte subit de plus amples restrictions[1461].

b) La voie de l' « amparo », prévu par la Constitution nationale

79. L'application du PP a assoupli également les conditions requises pour cette voie rapide. En ce sens, la Cour suprême de Buenos Aires a déclaré que « l'exigence d'accréditation d'un dommage concret pour la viabilité de l'action intentée constitue une erreur juridictionnelle car la conclusion surgit clairement dès que l'on prend en compte le PP depuis que, dans ce cas, l'on recherche l'arrêt de la fumigation à courte distance des habitations des acteurs, lieu où vivent des mineurs, situation qui se présente comme étant un danger imminent ou un dommage potentiel pour la santé des acteurs et portant atteinte à l'environnement ; en somme, « le principe de précaution configure un modèle interprétatif que le juge doit prendre en considération, notamment si, dans le cas présent, le défendeur ne dispose pas d'une autorisation administrative pour fumiger »[1462]. Pour la même raison, si la loi interdit la fumigation sur des zones déterminées proches du plan urbain et/ou d'un noyau de population à caractère permanent, il ne revient pas de faire droit au recours d'amparo présenté par les producteurs agricoles situés dans cette zone qu'ils prétendent fumiger[1463].

c) La présomption de légitimité de l'acte administratif

80. Le PP influe également sur la notion de « présomption de légitimité de l'acte administratif », dans le sens où, pour donner place au PP « il est nécessaire d'assouplir cette sorte de fiction légale » et « la question ne peut être analysée seulement depuis le pouvoir administrateur et ses

[1461] Conf. Cám. 4° CC Córdoba, 28/12/2012, ED 254-943.
[1462] SC Bs As 08/08/2012, LL 2012-E-537.
[1463] Cám. Civ.Com. Córdoba, 18/12/2012, cité par OCAMPO Patricia A., *Actualidad de Derecho procesal civil*, Voir Abeledo Perrot Córdoba, Mail 2013, n° 5, p. 628.

prérogatives mais aussi depuis les droits fondamentaux »[1464]. En ce sens, il a été décidé que « la précaution distingue le droit de l'environnement d'autres disciplines traditionnelles qui par le passé ont servi à lutter contre la dégradation de l'environnement, notamment le droit pénal et le droit civil parce que celles-ci ont pour prérequis fondamentaux la certitude et la prévisibilité, précisément deux des obstacles de la norme environnementale ».

81. Pour appliquer ces notions, il a été décidé que « en matière de dommages environnementaux, l'on n'exige pas la certitude afin de concéder la tutelle préventive mais l'on vise la probabilité ; pour appliquer le principe de précaution et dans le but d'empêcher ou d'interdire une activité dangereuse ou illicite qui constitue une menace sérieuse pour l'environnement, il importe donc de confirmer la mesure qui a disposé la suspension de toute activité d'exploration, d'exploitation, de construction ou d'opération en rapport avec le projet géothermique jusqu'à ce que l'étude d'impact sur l'environnement soit réalisée, fournissant les données nécessaires afin de prévenir les dangers que l'on craint »[1465].

c) Preuve

82. Un autre domaine procédural fortement « contaminé » par le PP est celui de la preuve. Il s'agit évidemment là d'une figure qui requiert toujours d'une expertise de haute complexité[1466]. Peyrano indique : Le fonctionnement du PP présuppose qu'il existe une incertitude scientifique au sujet de la nocivité dénoncée et de sa portée, tout ceci devant faire l'objet d'une accréditation scientifique. C'est-à-dire que le demandeur de la tutelle environnementale doit prouver scientifiquement qu'il existe des soupçons fondés sur la nocivité dénoncée. Pour sa part, le défendeur doit tenter de démontrer, sur une base tout aussi scientifique, que les soupçons en question sont infondés, qu'ils n'ont pas été prouvés ou

[1464] MENDIVIL Andrea, ¿No innovar contra la administración? El juego del principio precautorio y la presunción de legitimidad a partir del caso Salas, LL 2009-F-465.
[1465] Cámara en todos los fueros III Circunscription judiciaire, Neuquén, 27/12/2010, Caminata Juan c/Provincia de Neuquén, s/Amparo, ED 242-1072.
[1466] À cet égard, voir POMADE Adélie (sous la direction de) *L'expertise du haut conseil des biotechnologies: un facilitateur du dialogue sciences/société ?*, Paris, éd. Société de Législation comparée, 2014.

qu'ils ne présentent pas une intensité suffisante. Les doutes au sujet de l'applicabilité du principe de précaution invoqué que suscitent les opinions controversées existantes et les preuves antagoniques produites doivent être résolus en faveur de la tutelle environnementale. Et ce, parce que c'est habituellement le défendeur qui se trouve dans de meilleures conditions pour accréditer que les soupçons de nocivité dénoncés peuvent être infondés[1467].

4. Existe-t-il une théorie équivalente à la théorie française des troubles anormaux de voisinage ?

83. Oui, elle existe. La question des nuisances est prévue expressément par le Code Civil et CommercialL'article 1973 dispose : « ARTICLE 1973.- Immixtions. Les gênes occasionnées par la fumée, la chaleur, les odeurs, la luminosité, les bruits, les vibrations ou immixtions similaires dues à l'exercice d'activités dans des immeubles voisins, ne doivent pas excéder la tolérance normale, compte tenu des conditions du lieu et malgré toute autorisation administrative préalable.

Selon les circonstances du cas, les juges peuvent disposer l'élimination de la cause de la gêne ou son arrêt et l'indemnisation des dommages. Pour disposer l'arrêt de l'immixtion, le juge doit pondérer particulièrement le respect dû à l'usage régulier de la propriété, la priorité de l'usage, l'intérêt général et les exigences de la production ».

5. Quelle place occupe l'autorisation administrative dans le droit argentin? Configure-t-elle un fait justificatif ou une cause d'exonération?

84. En général, l'autorisation administrative concédée à une activité n'exempte pas du paiement des dommages et préjudices qu'elle a causés. Voir ainsi la solution expressément prévue par l'art. 1973 transcrit plus haut *(« malgré toute autorisation administrative préalable »).*

Autrement dit, la preuve de l'autorisation est insuffisante pour dégager l'accusé de sa responsabilité car celle-ci n'est pas une « bill » d'indemnité qui libère automatiquement de toute responsabilité. Il en serait

[1467] PEYRANO Jorge, *Vías procesales para el principio precautorio*, Rev. LL journal du 05/05/2014, p. 3, correspondant au tome 2014-C.

autrement si le défendeur faisait valoir le développement de son activité par le seul système que l'autorité administrative permet.

Suivant un critère partiellement différent, en ce qui concerne les tremblements de terre au Chili, il a été affirmé que si l'entreprise a construit en accord avec les règlements antisismiques et que le dommage s'est produit parce que le tremblement de terre a été supérieur aux prévisions du règlement, le constructeur n'est pas considéré responsable[1468].

6. Quelle place occupent les associations, notamment celles de protection de l'environnement? Peuvent-elles demander la réparation et l'arrêt des dommages causés aux intérêts diffus ou collectifs? Quel est leur rôle face au PP?

85. Les auteurs soutiennent que le PP est applicable tant pour les actions individuelles que pour les collectives[1469].

Les actions collectives sont prévues par la Constitution argentine, par la Loi sur l'environnement et par celle des consommateurs.

L'art. 43 de la Constitution nationale régule l'amparo et pour interposer cette action (en ce qui concerne les droits qui protègent *l'environnement, la concurrence, l'usager et le consommateur, ainsi que les droits d'incidence collective* en général) reconnaît la légitimité : *(i)* de l'affecté, *(ii)* du défenseur du peuple et *(iii)* « des associations organisées dans ce but, dûment enregistrées selon la loi qui déterminera les prérequis et les modes de leur organisation »[1470].

86. L'art. 30 de la loi sur l'environnement 25675 dispose :

[1468] Voir PIZARRO WILSON Carlos, *Daños de la construcción, caso fortuito y terremotos*, dans Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, La Ley Uruguay, n° 8, 2011, p. 519.

[1469] PEYRANO Jorge, *Vías procesales para el principio precautorio*, Rev. La Ley boletín du 05/05/2014.

[1470] Tous les auteurs signalent cette base constitutionnelle ; voir, parmi de nombreux autres, MAURINO G., NINO E. et SIGA M., *Las acciones colectivas,* Bs. As., éd. Lexis Nexis, 2005, p. 57 sqq. ; VERBIC Francisco, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361*, dans Rev. de Derecho procesal, 2009-1-145 ; ROTELLA Lorena G., *Defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial en Tucumán. Acción de clase*, dans La Ley Noroeste 2009-921.

« Une fois le dommage environnemental collectif produit, sera reconnue la légitimité afin d'obtenir la recomposition de l'environnement endommagé, de l'affecté, du Défenseur du Peuple et des associations non gouvernementales de défense de l'environnement, conformément à ce qui est prévu par l'article 43 de la Constitution nationale, l'État national, provincial ou municipal ; de même, sera déclarée légitime pour l'action de recomposition ou d'indemnisation pertinente, la personne directement affectée par le dommage survenu dans sa juridiction. Une fois la plainte portée pour dommage environnemental collectif par l'un des titulaires indiqués, les autres ne pourront intenter une action contre elle, ce qui n'entrave pas leur droit d'intervenir comme tiers.
Sans préjudice de ce qui vient d'être mentionné, toute personne pourra solliciter, par le biais d'une action d'amparo, l'arrêt d'activités qui provoquent un dommage environnemental collectif ».

87. L'art. 52 de la Loi 24240 sur la protection des consommateursdispose, pour sa part :
« Sans préjudice de ce qui est disposé par la présente loi, le consommateur et l'usager pourront lancer des actions en justice lorsque leurs intérêts résultent affectés ou menacés.
L'action reviendra au consommateur ou à l'usager, de droit, aux associations de consommateurs ou d'usagers autorisées selon les termes de l'article 56 de cette loi, à l'autorité d'application nationale ou locale, au Défenseur du Peuple et au Procureur général de la République. Le ministère public, s'il n'intervient pas dans le procès comme partie, agira obligatoirement comme procureur de la loi ».
La jurisprudence citée dans ces lignes montre le rôle notable des associations dans le droit argentin. Normalement, ce sont elles qui sollicitent la prévention du dommage. Pour le moment, par contre, la Cour fédérale leur a nié toute légitimation pour réclamer les dommages individuellement subis par les personnes qui les intègrent.

7. Quels sont les risques que pourrait impliquer le PP?

88. À mon avis, tous les risques sont en rapport avec les omissions successives de l'État, qui n'exerce pas ses attributions de contrôle de manière adéquate.

Les aliments transgéniques[1471] constituent le paradigme de cette question, un exemple classique des risques qui sont assumés du fait de la biotechnologie[1472], et autour desquels il existe tant d'incertitude. En Argentine, aucune mesure fondée sur le PP n'a été prise pour éviter la culture intensive et la perte possible de la biodiversité.

8. Quelques brèves conclusions.

89. L'Argentine, comme la Colombie, est un pays dans lequel la juridicisation des problèmes sociaux est fréquente[1473]. Il n'est donc pas étonnant que de nombreuses questions qui devraient être résolues par l'administration, si elle prenait les rênes et appliquait le PP, soient portées de manière quotidienne devant les tribunaux. Si l'on analyse précisément la jurisprudence citée, l'on se rend compte que toutes les questions posées auraient dû être résolues en dehors des tribunaux. Aussi, les juges sont restés en alerte face à l'inaction de l'administration, pour rendre effectif le PP énoncé par la Loi sur l'environnement, notamment pour prendre des mesures qui empêchent de graves risques de se produire

[1471] Au sujet des OGM et du principe de précaution, voir AMAT LLOMBAR Pablo, Derecho de la biotecnología y los transgénicos, Valence, éd. Tirant lo Blanch, 2008 ; CORTI VARELA, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Madrid, éd. Reus, 2010 ; DI BENEDETTO Danila, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità*, Naples, éd. Scientifiche italiane, 2011 ; LÓPEZ VILLAR Juan, *Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre*, Barcelona, éd. Atelier, 2008 ; NAKSEU NGUEFANG Georges, *Principe de précaution et responsabilité internationale dans le mouvement des OGM*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2012 ; SILVEIRA GORSKI Héctor C., *Los desafíos de la nueva genética*, dans MÉNDEZ BAIGES Víctor y otro, *Bioética y derecho*, Barcelone, éd. UOC, 2007, p. 164 ; BERGEL Salvador, *El principio precautorio y los riesgos del cultivo de variedades transgénicas*, dans CASABONA Carlos María, *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Grenade, 2004, p. 99 ; dans le même ouvrage (p. 149) ESCAJEDO SAN EPIFANIO Leire, *Principio de precaución y riesgos ambientales, especialmente los asociados a OMG* ; MARANDE Santiago, *Análisis conceptual del derecho aplicado. El rechazo del cultivo de transgénicos en el marco del estudio del riesgo de desarrollo y la perspectiva múltiple del nexo causal: la causalidad tóxica*, dans Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, La Ley Uruguay, n° 7, 2010, p. 927 ; ANDRADA Alejandro et HERNÁNDEZ Carlos, *Soja, principio precautorio y agroquímicos,* dans Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, La Ley Uruguay, n° 8, 2011, p. 249.

[1472] HERRERA DE LAS HERAS Ramón, La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología, Madrid, éd. Reux, 2007.

[1473] Voir VANNEEUVILLE Rachel (chargée de recherche), Le principe de précaution saisi par le droit. Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution, 2006.

dans ce domaine spécifique. L'on peut affirmer que, jusqu'à présent, la magistrature argentine s'est montrée prudente et que le PP se consolidera peu à peu, au fur et à mesure que les juges, attentifs aux nouveaux problèmes, y seront sensibles au moment de chercher des solutions, notamment pour les groupes les plus vulnérables.

Le principe de précaution en droit argentin : état des lieux

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE DROIT ARGENTIN

Néstor A. CAFFERATTA

SOMMAIRE :

1.- Le principe de précaution dans la législation latino-américaine. 2.- Le principe de précaution dans la législation argentine. 3.- Le principe de précaution dans la doctrine argentine. 4.-Conclusion.

1.- Le principe de précaution dans la législation latino-américaine

1. Comme nous l'avons signalé dans des publications précédentes, l'Amérique latine et les Caraïbes sont le théâtre d'une nouvelle « génération » de lois générales ou organiques sur l'environnement. L'évolution que connaissent ces « lois-cadres » est évidente, en témoignent les PRINCIPES DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT ou les critères de politique environnementale qu'elles contiennent. D'une part, ces principes définissent clairement par le biais de règles juridiques *prima facie* l'essence de la discipline ; d'autre part, ils donnent aux normes davantage de flexibilité et de pouvoir d'irradiation en leur fournissant une matrice malléable ou plastique qui caractérise ces lignes directrices fondamentales (principes) nécessaires pour avancer en matière environnementale.

2. Dans la présente étude, nous nous concentrerons sur le principe de précaution, un principe consacré dans les lois sur l'environnement d'Amérique latine et des Caraïbes suivantes :

ÉQUATEUR : Constitution politique de 2008, Article 396.
MEXIQUE : Loi sur la biosécurité des OGM, Article 8.
PANAMA : Loi sur la protection environnementale de 1999, Article 2.
EL SALVADOR : Décret 233/98, Article 2 paragraphe e)
CUBA : Loi 81/97, Article 4 point d)
URUGUAY : Loi 17283/00, Article 6, alinéa b)

ARGENTINE : Loi 25675, Article 4.
NICARAGUA : Loi 217/96, Article 4, alinéa 3.
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE : Loi 64/00, Article 8.
COSTA RICA : Loi sur la biodiversité, Article 11.
VENEZUELA : Loi sur la diversité biologique, Article 105.
PARAGUAY : Loi sur la politique environnementale nationale.
PÉROU : Loi 28611, Titre préliminaire, Article VII.
COLOMBIE : Loi 99/93.

3. Soulignons que le principe de précaution, qui différentie le droit de l'environnement des disciplines classiques, a rang constitutionnel dans la République de l'Équateur.
En effet, la Constitution de ce pays, adoptée en 2008, consacre explicitement en son article 396 le principe de précaution par la formule suivante : « L'État adoptera les politiques et les mesures opportunes afin d'éviter tout impact négatif sur l'environnement si ledit impact est une certitude. En cas de doute sur les conséquences environnementales d'une action ou d'une omission, y compris en l'absence de preuves scientifiques sur les dommages, l'État adoptera des mesures de protection efficaces et opportunes. »

4. Il en va de même au PÉROU, où la Loi générale sur l'environnement 28611 (2005) énonce les principes du droit de l'environnement suivants, parmi lesquels figure le principe de précaution : 1.- Principe de durabilité ; 2.- Principe de prévention ; 3.- Principe de précaution ; 4.- Principe d'internalisation des coûts ; 5.- Principe de responsabilité environnementale ; 6.- Principe d'équité ; 7.- Principe de gouvernance environnementale.

2. Le principe de précaution dans la législation argentine

5. La Loi générale sur l'environnement 25675, adoptée le 6 novembre 2002 et promulguée partiellement par le décret 2413 du 27 novembre 2002 en ARGENTINE va dans le même sens. Rappelons que ladite loi énonce en son article 4 les principes de politique environnementale suivants : 1.- Principe de cohérence entre les lois ; 2.- Principe de prévention ; 3.- Principe de précaution ; 4.-

Principe d'équité intergénérationnelle ; 5.- Principe de progressivité ; 6.- Principe de responsabilité ; 7.- Principe de subsidiarité ; 8.-Principe de durabilité ; 9.- Principe de solidarité ; 10.- Principe de coopération.

6. La Loi générale sur l'environnement 25675 contient ce principe en son article 4 dans les termes suivants : « Principe de précaution : en cas de danger de dommages graves ou irréversibles, l'absence d'informations ou de certitude scientifique ne pourra pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures effectives en fonction des coûts pour éviter la dégradation de l'environnement »[1474].

7. Sur le plan international, ce principe est contenu dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 151/5 du 7 mai 1992. Ce document, né de la Conférence des Nations Unies célébrée du 3 au 14 juin 1992 et dont l'Argentine était partie, stipule au principe 15 : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »[1475].

8. L'Argentine a également approuvé la « Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques » par la Loi 24295 du 7 décembre 1993, publiée au Journal officiel le 11 janvier 1994 et ratifiée le 11 mars 1994. Le texte consacre le principe de précaution à l'article 3.3, où il est énoncé : « Il incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qui

[1474] VALLS Mario F., « La Ley 25675 General del Ambiente: una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal », JA, 2003-III-1294. L'auteur souligne que le texte est plus strict que le principe 15 de la Déclaration de Rio de Janeiro de 1992 - Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, qui le limitait à l'absence de certitude scientifique absolue.
[1475] MARTÍN MATEO Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental,* Trivium, volume II, 1991, p. 770.

appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible »[1476].

9. Enfin, parmi les Conventions ouvertes à la signature et adoptées lors de la Conférence de Rio de Janeiro le 5 juin 1992, la République Argentine a également adopté la « Convention sur la diversité biologique » par la Loi 24375 de septembre 1994, publiée au Journal officiel le 6 janvier 1994[1477]. Dans le préambule de la Convention, les parties contractantes notent qu'il importe au plus haut point d'anticiper et de prévenir les causes de la réduction ou de la perte sensible de la biodiversité à la source et de s'y attaquer. Il est également noté que lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'éviter le danger ou d'en atténuer les effets.

10. La Conférence des Parties de la Convention sur la diversité biologique a formé, en conformité avec l'article 19, un GROUPE DE TRAVAIL SUR LA BIOSÉCURITÉ – GTBS – qui au terme de plusieurs années de négociation a élaboré un projet de protocole présenté à Carthagène, en Colombie, lors de la réunion tenue du 14 au 19 février 1999. Ce texte a été approuvé le 29 janvier 2000 à l'occasion de la Cinquième Conférence des Parties à Montréal, Canada.

Ledit « Protocole de Carthagène sur la biosécurité » est entré en vigueur le 11 septembre 2003, quatre-vingt-dix jours après le dépôt de l'instrument de ratification numéro cinquante [50][1478] et il introduit explicitement le principe de précaution (article 1 et annexe III, méthodologie).[1479]

[1476] DRNAS de CLÉMENT Zlata, REY CARO Ernesto J., STICCA María A., Codificación y comentario de normas internacionales ambientales, vigentes en la República Argentina y en el Mercosur, Editorial Jurídica La Ley, 2001, p. 235.

[1477] BARBOSA Julio, « La Convención de protección de la diversidad Biológica de las Naciones Unidas », *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, A-Z Editora, 1993, p. 45.

[1478] GARCÍA FERNÁNDEZ Jorge M., REY SANTOS Orlando, *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible,* Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Havane, 2005, p. 100.

[1479] LIVELLARA Silvina María, « Análisis del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigencia el pasado 11 de septiembre de 2003 », *El Dial*, 22 oct. 2003. À cet égard, nous recommandons la consultation de ESTRADA OYUELA Raúl S., « Comentario sobre algunos principios de Derecho Ambiental », *ED*, 25 juil. 2005, p. 18, exemplaire du journal N°11.306, de la série spéciale sur le droit de l'environnement, sous la direction de

11. Le principe est également reconnu dans la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP) de 2001[1480]. En Argentine, cette convention est reprise par la loi 26011, adoptée le 16 décembre 2004, promulguée le 10 janvier 2005 et publiée au Journal officiel le 17 janvier 2005.

12. Enfin, signalons que la Province d'Entre Ríos (qui se sent concernée par le conflit qui oppose l'Argentine et l'Uruguay au sujet de l'installation de l'usine de pâte à papier de la société BOTNIA sur le fleuve Uruguay, célèbre affaire portée devant la Cour internationale de justice), a inclus en 2008 le principe de précaution à l'article 83 de sa constitution politique, quidispose : « L'État fixe la politique environnementale et garantit l'application des principes de durabilité, de précaution, d'équité intergénérationnelle, de prévention, d'utilisation rationnelle, de progressivité et de responsabilité ».

3. Le principe de précaution dans la doctrine argentine

13. Atilio ALTERINI a observé il y a quelque temps au sujet du droit de la responsabilité civile qu' « il est évident que la théorie de la responsabilité civile, dans le sens de « droit des dommages » (comme l'emploie par exemple Santos Briz), ou le sens de « accident law » (comme l'emploie par exemple Calabresi), ou encore dans le sens qui implique la non-conformité contractuelle, est en cours de transformation. Il est donc nécessaire de trouver des directives qui orientent ces changements. En un peu plus d'un siècle, la société industrielle et son sillon de conséquences dont le machinisme et l'urbanisme ont laissé place à la « société postindustrielle » (Belt), ou autrement dit,

---

Horacio F. PAYÁ. L'auteur avance que cet instrument qui comprend 119 États parties – parmi lesquels ne figure pas l'Argentine – leur impose des engagements dont l'application concerne les États qui ne sont pas parties, « de sorte que notre situation est des plus gênantes ».

[1480] D'après un rapport de WWF, Fonds mondial pour la nature (World Wildlife Fund), publié sur son site Internet le 25 février 2014, la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP, pour son sigle en français), conclue lors d'une Conférence de plénipotentiaires de 127 gouvernements, tenue le 22 mai 2001, souscrite par 91 pays et l'Union européenne mentionne « douze produits chimiques extrêmement nocifs, dont des PCB (biphényles polychlorés), des dioxines et des pesticides dangereux, et comprend des mesures pour inclure d'autres substances POP à l'avenir ». La convention a été ouverte à signature le 23 mai, pour un an au siège de l'ONU, à New York, avant d'entrer en vigueur le 27 mai 2004, après le dépôt du cinquantième instrument de ratification/d'adhésion conformément à l'article 26 de la Convention.

« superindustrielle » (Toffler) ou encore « néonindustrielle » (Valaskakis). Dans ce contexte, les possibilités de subir des dommages se sont considérablement multipliées ».[1481]

14. Pour Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI[1482], nous assistons à l'impact de la technologie moderne sur la société dite « des risques ». Nous sommes passés d'une société des risques individuels à la société dite « du risque global ». En outre, elle rappelle que « la technique réside dans le processus de transformation de la nature, mais ce processus génère des risques qui ne sont pas les risques de la nature appelés par la technique, mais les risques que la technique créée elle-même, c'est-à-dire des risques technologiques (ORTEGA Y GASSET). Face à la « société du risque global », – affirme cette juriste extraordinaire –, c'est un nouveau paradigme, une nouvelle dimension de compréhension qui font surface. Le niveau de perception des risques est dès lors modifié, car « les risques incalculables sont remplacés par des dangers incontrôlables ». En témoigne une simple analyse de l'évolution historique de ce concept : « dans la société traditionnelle, le risque est individuel ; dans la société industrielle, le risque est collectif ; dans la société des risques, les risques sont généralisés, aussi bien dans leur origine que dans leurs effets ».

15. Comme l'affirme avec brio Salvador D. BERGEL[1483], « en matière de responsabilité en général, on assiste à une profonde évolution qui se doit aux changements dans les risques. Au XIX^{e} siècle, la responsabilité est liée au concept d'absence de prévision ; pendant la première moitié du XX^{e} siècle, c'est la prévision universelle qui prévaut, les risques étant associés à des statistiques et à des probabilités ; et c'est à partir de la deuxième moitié du XX^{e} siècle, avec l'apparition des « mégadangers technologiques » et du risque dit « global », dérivés par exemple de l'énergie atomique et plus récemment de l'ingénierie génétique, que la prévention n'est plus suffisante. En effet, nous nous

[1481] ALTERINI Atilio A., « Contornos actuales de la responsabilidad civil », *La sociedad industrial y post industrial. Incremento de las causas de daños potenciales,* Editorial Abeledo-Perrot, 1987, Chap. XI, p. 15.
[1482] KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, Premier Programme de formation juridique environnementale pour les juges des Cours suprêmes et autres tribunaux de la Justice argentine, *El principio de precaución en un documento de la UNESCO*, Buenos Aires, 30 juin 2005.
[1483] BERGEL Salvador, Charte de bioéthique de l'UNESCO, « Las variedades transgénicas y el principio de precaución », Communication à l'occasion du Séminaire international *Biotechnologie et Société*, tenu le 16 et 17 nov. 1999 à la faculté de droit de l'UNBA.

trouvons face à une incertitude, c'est-à-dire des doutes fondés sur les dommages qui peuvent se produire. Le principe de précaution émane de la nécessité de modifier la perception du risque et demande d'agir, même en l'absence de preuves scientifiques concrètes, lorsque l'on estime raisonnablement que des dommages graves et irréversibles sont possibles ».

16. Abondant dans ce sens, Aurora BESALÚ PARKINSON[1484] affirme que « dans ce domaine, il convient de s'orienter vers une attitude très précautionneuse et sévère, en appliquant le critère suivant : "s'il n'existe pas de certitudes scientifiques, mieux vaut être trop prévoyant que pas assez" . C'est en effet ce que défend l'un des principes fondamentaux de l'environnement : le principe de précaution ». D'après ce principe, il faut adopter des mesures efficaces pour éviter ou minimiser un danger de dommages graves ou irréversibles sur l'environnement, même en cas d'incertitude scientifique à ce sujet ».

17. Juan R. WALSH[1485] lie étroitement ce principe à l'appréciation du paradigme de la DURABILITÉ qui d'après lui, « s'est accompagnée de l'intégration du principe de précaution comme instrument d'analyse rationnelle des questions relatives à la réversibilité ou non des actions humaines et à la criticité des écosystèmes et des ressources de la planète ». C'est donc « un outil clé, non seulement du droit et de la politique de l'environnement, mais aussi un présupposé conceptuel de la durabilité au sens large, qui englobe aussi bien les aspects écologiques que sociaux. »

18. Suivant les enseignements de O´ RIORDAN-JORDAN, ce spécialiste de l'environnement identifie un noyau d'éléments clés pour l'application du principe de précaution : 1.- Proactivité. 2.- Coût-efficacité des actions (proportionnalité). 3.- Protection des espaces écologiques vitaux. 4.- Légitimation de la « valeur intrinsèque » (attitude biocentrique). 5.- Inversion de la charge de la preuve. 6.- Planification dans une nouvelle méso-échelle temporelle. 7.- Recomposition des passifs écologiques.

[1484] BESALÚ PARKINSON Aurora V.S., *Responsabilidad por daño ambiental*, sous la direction de Alberto J. BUERES, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, coll. Responsabilidad Civil/ 22 fév. 2005, p. 549.
[1485] WALSH Juan Rodrigo, *El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad*, ouvrage collectif, *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, Editorial Jurídica La Ley, 2000, p. 47.

19. Roberto ANDORNO signale que « ce principe demande de prendre toutes les mesures permettant, à un coût économique et social acceptable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau tolérable et si possible, de le supprimer. Parallèlement, le principe de précaution impose d'informer les personnes impliquées sur le risque et de tenir compte de leurs suggestions sur les mesures à adopter. Ce dispositif de précaution doit être proportionnel à la gravité du risque et réversible à tout moment. Le précepte exige des mesures immédiates, d'urgence, même lorsque les preuves ou les éléments scientifiques relatifs aux comportements de la nature sont insuffisants ou inexistants, afin d'empêcher la création d'un risque dont les effets sont encore entièrement méconnus, ce qui suppose que tout retard peut être, à long terme, plus nuisible qu'une action précoce intempestive quelle qu'elle soit.[1486]

[1486] ANDORNO Roberto, « El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica », Ed. La Ley, exemplaire du 18/07/2002. De ce même juriste : « Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución », dans le hors-série « Bioética », 23 juil. 2003, JA, 2003-III, fascicule n°4. Comme nous le verrons par la suite, il signale un ensemble de conditions nécessaires à sa mise en place : 1) Situation d'incertitude par rapport au risque; 2) Évaluation scientifique du risque; 3) Perspective d'un dommage grave et irréversible; 4) Proportionnalité des mesures; 5) Transparence des mesures; 6) Inversion de la charge de la preuve. BERGEL Salvador D., « La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente », dans le journal EL DERECHO, Hors-série environnemental, sous la direction de Horacio PAYÁ, 22 avril 2004, N°10.989, p. 1. Du même juriste : « Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil », p. 1009, dans *Derecho Privado – Homenaje a BUERES*, Ed. Hammurabi, 2002. ESTRADA OYUELA Raúl A., « Comentario sobre algunos principios del Derecho Ambiental », dans le journal EL DERECHO, Hors-série environnemental, sous la direction de Horacio PAYÁ, 25 juil. 2005, N°11.306, p. 16. ESTRADA OYUELA Raúl A., AGUILAR Soledad : « El principio precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente », Ed. La ley, Supplément de Droit de l'environnement, FARN, 22 sept. 2003, p. 1. GARCIA MINELLA Gabriela, dans « Ley General del Ambiente. Interpretando la nueva legislación ambiental », p. 57, ouvrage collectif *Derecho Ambiental (su actualidad de cara al tercer milenio)*, EDIAR, 2004, affirme que ce principe de précaution s'insère dans la notion de prudence et de diligence, depuis laquelle il inspire le droit français. TRIPELLI Adriana, « Los principios rectores ambientales según la Corte Internacional de Justicia », *Revista de Derecho Ambiental*, N°1, janv-mars 2005, LEXIS NEXIS / Instituto El Derecho por un Planeta Verde, Argentine, p. 143. Peuvent également être consultés les ouvrages suivants : GOLDENBERG Isidoro, CAFFERATTA Néstor A., « El principio de precaución », JA 2002-IV, fascicule n°6, 6 nov. 2002, Buenos Aires, ainsi que la très vaste bibliographie citée dans ces travaux de recherches. CAFFERATTA Néstor A., Secrétariat à l'environnement et aux ressources naturelles, Institut national d'écologie, Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Introducción al Derecho Ambiental,* Mexique, 2004, p. 161. CAFFERATTA Néstor A., « Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba », Ed. La Ley, Cordoba, année 20, n°10, nov. 2003, p. 1200. "El Principio Precautorio", RRCyS, année V, n° 6, nov.-déc. 2003. « Principio precautorio y Derecho Ambiental », LL, 2004-A-1202. KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, 1er Programme de formation juridique environnementale pour les juges des Cours suprêmes et autres tribunaux de la Justice argentine, Buenos

Dans un article précédent, publié avec Isidoro GOLDENBERG[1487], nous avons signalé que les préoccupations que peut susciter le principe de précaution peuvent être écartées en soulignant qu'il s'agit d'un nouveau fondement de la responsabilité civile, basé sur la fonction préventive pour neutraliser des risques de dommages menaçants. Ainsi, le principe de précaution instaure, en renforçant considérablement le devoir de diligence, une nouvelle dimension de protection dans la responsabilité civile : l'assurance de risques qui peuvent avoir des effets calamiteux.

20. Dans la doctrine Argentine, le caractère contraignant du principe de précaution et sa nature de principe « substantiel » du droit de l'environnement gagnent du terrain dans d'autres disciplines juridiques de droit commun, au point où ce principe fait l'objet de l'une des conclusions des « XXIII[e] Journées nationales de droit civil » célébrées à Tucumán le 30 septembre 2011[1488] : « Le principe de précaution est un principe général du droit de la responsabilité civile qui impose le devoir d'adopter des mesures adéquates afin d'éviter des risques de dommages potentiels sur la vie, la santé et l'environnement ». On constate également des avancées dans l'application du principe de précaution dans le domaine du droit de la consommation, conformément aux conclusions de la 8[e] commission des « XXIV[e] Journées nationales du droit de la responsabilité civile », Buenos Aires, 1[er] octobre 2013.

Aires, *El principio de precaución en un documento de la UNESCO*, organisé par le SAYDS-Ministère de la Justice-PNUMA, rapport présenté le 30 juin 2005.

[1487] GOLDENBERG Isidoro H., CAFFERATTA Néstor A., « El principio de precaución », JA, 2002-IV, fascicule n°6.

[1488] FLAH Lily, « Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión Nº 1 Derecho de Daños », Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Année XIII, N°11, Nov. 2011, p. 259. I.- LA PRÉCAUTION: DE LEGE LATA : Le principe de précaution est un principe général du droit de la responsabilité civile qui impose le devoir d'adopter des mesures adéquates dans le but d'éviter des risques de dommages potentiels qui mettent en danger la vie, la santé et l'environnement. Sans préjudice des règles générales sur la charge de la preuve, le principe de précaution pousse les tribunaux à se montrer plus indulgents dans la remise des preuves par la partie qui l'invoque. Les présupposés du principe de précaution sont : a) le risque, la menace ou le danger de dommage grave ou irréversible; b) l'incertitude ou l'absence d'informations scientifiques. Les éléments suivants constituent des conditions d'application des mesures de précautions : a) la proportionnalité ou le caractère raisonnable ; b) la transparence; c) le caractère provisoire; d) l'efficacité en fonction des coûts. Le principe de précaution concerne tant l'État que les particuliers. DE LEGE FERENDA : Il est recommandé d'inscrire ces principes dans une législation de droit privé, en termes généraux.

21. Antonio BENJAMÍN[1489], juge de la Cour Suprême du Brésil, signale que « la nécessité d'une action d'anticipation s'impose si l'on considère la menace de dommages graves et irréversibles dont les séquelles pourraient se propager dans l'espace et dans le temps. L'absence de certitude scientifique sur l'étiologie de processus environnementaux donnés et la portée de bon nombre de rapports écologiques de base accentue les doutes sur l'encadrement légal de l'environnement comme un bien juridique précieux. Le devoir de précaution nous oblige à tenir compte de la probabilité de dommages importants dans la biosphère, une situation qui exige davantage de précautions si l'on soupçonne que l'intégrité de l'environnement est menacée ». Il affirme que « la précaution distingue le droit de l'environnement d'autres disciplines traditionnelles qui ont servi par le passé à traiter la dégradation de l'environnement – notamment le droit pénal (responsabilité pénale) et le droit civil (responsabilité civile) –, car la certitude et la prévisibilité sont des conditions préalables de ces disciplines, or ce sont précisément deux obstacles des règles environnementales que la précaution entend écarter ». Il signale également : « D'autre part, une nouvelle phase commence pour le droit de l'environnement. Ainsi, les titulaires de droits de l'environnement n'ont plus à prouver les effets négatifs (**caractère offensif**) d'actions soumises à l'appréciation du bien public, comme dans le cas d'instruments affiliés au régime de simple prévention, par exemple, l'étude d'impact environnemental, pour diverses raisons que nous ne pouvons analyser ici (la disponibilité des informations protégées par le secret industriel, entre autres), il revient aux dégradateurs potentiels de prouver le caractère inoffensif de l'activité proposée ».

[1489] BENJAMÍN Antonio E., « Derechos de la naturaleza », ouvrage collectif *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, Abeledo-Perrot, 2001, p. 31 sqq, d'où nous avons relevé les interrogations suivantes :
« La transition du paradigme de la réparation vers la prévention s'avère encore insuffisante. Il est donc nécessaire d'atteindre un état de plus grande sophistication (et d'efficience), de commencer à agir selon le principe de précaution ».
Le principe de précaution répond à la question suivante *:*
«Étant donnée l'incertitude scientifique sur la dangerosité environnementale d'une activité : qui a la charge de prouver son caractère offensif ou inoffensif? Lorsque le responsable du projet voire l'organe public, soupçonne que l'activité constitue un risque pour l'environnement : revient-il aux pouvoirs publics de l'interdire (ou de la réguler, en lui imposant des normes de sécurité rigoureuses)? Inversement, l'intervention publique ne doit-elle avoir lieu qu'une fois que le potentiel offensif est clairement prouvé par l'organe de régulation ou par les représentants non gouvernementaux des intérêts environnementaux, qui s'appuient sur un raisonnement basé sur les probabilités ou, selon les termes du droit civil codifié, sur le régime de prévisibilité adéquate ?».

Il conclut : « À nos yeux, la précaution est le moteur du changement radical que le traitement d'activités potentiellement dangereuses connaît ces dernières années. On peut donc postuler – y compris sur le plan constitutionnel – qu'il y a un devoir générique et abstrait de ne pas dégrader l'environnement. Dans le domaine de ces activités, le régime juridique d'illicéité est inversé dans la mesure où les activités sont présumées illicites jusqu'à ce que l'on prouve le contraire ».

22. Luis FACCIANO[1490] avance que « le principe de précaution implique un changement dans la logique juridique. Il a été dit à juste titre que ce principe exige l'exercice actif du doute. La logique de la précaution ne s'intéresse pas au risque, mais s'élargit à l'incertitude, c'est-à-dire, à ce que l'on peut craindre sans toutefois pouvoir l'évaluer de manière absolue. L'incertitude n'exonère pas de responsabilité, au contraire, elle la renforce en créant un devoir de prudence ».

Rappelons, comme il a été observé à juste titre, qu'il est difficile de donner une définition précise du principe de précaution, car sa définition renvoie immédiatement à la notion en soi incertaine d'incertitude scientifique. En d'autres termes, le principe de précaution fait lui-même l'objet d'un présupposé d'incertitude auquel il faudrait accorder une attention particulière, ne serait-ce qu'en s'abstenant[1491].

23. Antonio Herman BENJAMÍN, que nous avons déjà cité, souligne que « entre autres objectifs, le droit de l'environnement s'intéresse à la reconnaissance scientifique et technologique : d'abord, pour comprendre les problèmes environnementaux. Ensuite, pour proposer des solutions viables et efficaces. Le doute scientifique est l'un des aspects les plus inquiétants du droit de l'environnement. La substance X est-elle sûre ? L'espèce A est-elle vouée à disparaître ? La science ne répond pas à toutes les questions qui se posent du point de vue de l'environnement. En cas de doute, mieux vaut ne pas

[1490] FACCIANO Luis A., La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000, ouvrage collectif, Troisièmes rencontres de collèges d'avocats sur des thèmes de droit agraire, publié par l'Institut de droit agraire du collège des avocats de Rosario, fév. 2001, p. 247 sqq, d'où l'on souligne la citation de LACOUNE, P.: « La précaution : un nouveau standard de jugement », revue Esprit, 11/97, p. 131, citée à son tour par BERGEL S., « El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales », version préliminaire, inédit.

[1491] CANS Chantal, « Le principe de précaution : nouvel élément du contrôle de légalité », *Revue Française de Droit Administratif*, n°4, Sirey, Paris, juil.-août, traduit et publié par Investigaciones, 1, 2000, Secrétariat de la recherche du droit comparé, Cour suprême de Justice de la Nation, Buenos Aires, p. 195 sqq.

assumer de risques, car les préjudices sont souvent irréversibles »[1492]. Bien que d'une très large portée, l'INCERTITUDE ne pourra jamais disparaître entièrement et à jamais, car « [elle] est inhérente aux problèmes environnementaux », tel que nous le fait remarquer la Banque mondiale dans son rapport intitulé « Le développement et l'environnement », 1992, p. 40. Les tribunaux des États-Unis ont quant à eux observé à juste titre qu' « Attendre d'avoir une certitude ne nous permettra que de réagir et non pas d'établir une réglementation préventive »[1493]. En somme, compte tenu de l'ignorance scientifique, un pessimisme prudent doit primer sur un optimisme risqué[1494]. Comme nous le fait remarquer la magistrate Elena HIGHTON de NOLASCO[1495], « Aucun calcul scientifique ne peut prouver que l'exposition à une substance polluante dans une quantité donnée est sûre ».

24. Rappelons les profondes réflexions formulées par Aníbal FALBO[1496] : les degrés, les types et les formes que revêt l'incertitude dans chaque affaire environnementale sont des plus variés : quels sont les effets toxiques d'une substance chimique à court, moyen et long terme ? Quels sont les effets cumulés d'une substance chimique même si la quantité détectée n'est pas toxique ? Si le niveau de

[1492] BENJAMÍN Antonio Ermann, « Derechos de la naturaleza », ouvrage collectif *Obligaciones y Contratos en los albores del S.XXI,* Abeledo-Perrot, 2001, p. 31 sqq. Voir également du même auteur, *Objetivos del derecho ambiental*, p. 57 sqq., présentation faite au 5ème Congrès international de droit de l'environnement, *El futuro control de la polución y de la implementación de la regulación ambiental,* Imprimerie officielle de l'État, Sao Paulo, 4-5 juin 2001.

[1493] Ethyl Corp v. EPA, 541 F. 2d. 1 D.C. Circ, 1976.

[1494] BESALÚ PARKINSON Aurora V., op. cit., p. 555, citant FULLEM, « The precautionary principle environmental protection in the face of scientific uncertain », in *Willamette Law Review*, vol 31, n°2, p. 495.

[1495] HIGHTON Elena, « Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar? », ouvrage collectif, *Derecho de Daños*, 2ème partie, Ed. La Rocca, 1993, p. 807.

[1496] FALBO Aníbal J., « El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales », JA, 1995-IV, 976. À ces questions, peuvent s'ajouter celles-ci, entre autres, tout aussi complexes et épineuses que les précédentes : Quels sont les effets d'un composant toxique présent dans un environnement pollué au préalable, ou de manière concomitante, par d'autres composés toxiques ? Quels seront les effets, sur les générations actuelles et futures, des concentrations aujourd'hui tenues pour acceptables mais qui demain s'avèreront pernicieuses ? Que faire face à des situations de risque ou de risque potentiel ? Dans quelle mesure l'espérance de vie et le bien-être des êtres humains affectés par des polluants se trouvent-ils diminués ? Comment évaluer les dommages potentiels, mais pas encore présents, d'un polluant sur les organismes et l'environnement ? Dans quelle mesure et dans quel ordre de gravité le fait d'être exposé à des degrés de pollutions qui se situent au-delà des seuils acceptés, voire en dessous ou dans la norme, affecte-t-il la capacité vitale ? Existe-t-il des marges acceptables (sûres) pour tout type d'organisme (malade ou sain) et en toute circonstance (enfants, jeunes, personnes âgées) ?

concentration d'un agent polluant est considéré comme tolérable, est-ce un gage d'innocuité à l'avenir? Comment les différents environnements ou organismes répondent-ils aux mêmes agents polluants, même dans des concentrations égales ? Quelle est la source d'émission d'un agent polluant identifié? S'agit-il de la seule source d'émission ? Dans quelle mesure les différentes sources ont-elles contribué à créer l'agent polluant?

25. La doctrine argentine distingue la notion de principe de prévention de la notion de principe de précaution.

26. Roberto ANDORNO[1497] souligne à juste titre que « le principe de précaution fonctionne lorsque le rapport de causalité entre une technologie donnée et les dommages appréhendés n'a pas été avéré scientifiquement. C'est précisément ce qui fait toute la différence entre la prévention et la précaution. »

Il observe également que « dans le cas de la "prévention", la dangerosité de la chose ou de l'activité est déjà bien connue et l'on ignore uniquement si le dommage va se produire dans un cas concret. Les mesures destinées à éviter ou à réduire les préjudices causés par les automobiles sont l'exemple classique de la prévention. En revanche, dans le cas de la "précaution", l'incertitude est liée à la dangerosité même de la chose, car les connaissances scientifiques sont encore insuffisantes pour donner une réponse définitive à ce sujet. En d'autres termes, la prévention nous place face au risque réel, tandis que dans l'hypothèse de la précaution, nous sommes face à un risque potentiel ».

27. Alors que le principe de prévention tend à éviter un dommage futur, mais certain et mesurable, le principe de précaution introduit un point de vue différent : il vise à empêcher la création d'un risque dont les effets sont encore méconnus et dès lors imprévisibles. Il agit dans un domaine marqué par l'incertitude.

[1497] ANDORNO Roberto, « El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico en la Era Tecnológica », LL, 18/07/2002.

28. Ce principe ne doit pas être confondu avec le principe de prévention[1498]. En effet, la prévention est un comportement rationnel face à un mal que la science peut objectiver et mesurer, c'est-à-dire, qu'elle agit dans le cadre des certitudes de la science. Au contraire, la précaution agit face à un autre type d'incertitude : l'incertitude des connaissances scientifiques en elles-mêmes.

29. Pour distinguer la prévention et la précaution, KEMELMAJER DE CARLUCCI[1499] nous parle de degrés d'incertitude. Dans des situations d'incertitude, en droit de la responsabilité civile, les principes de prévention et de précaution entrent en jeu, principes qui « présentent les différences de présupposés suivantes : en cas de risques vérifiés, dangerosité connue (prévention). *A contrario*, face au risque potentiel, incertitude sur la dangerosité même du fait de connaissances scientifiques insuffisantes (précaution) ». Ajoutons, comme nous fait remarquer tout à fait justement TERJE TRAAVIK, que « l'absence de preuves ne prouve pas l'absence de risques ». Il a été dit que le principe de précaution est un instrument de gestion des risques, employé en cas d'incertitude scientifique et qu'il demande d'agir face à un risque potentiellement grave sans attendre les résultats des recherches scientifiques. En d'autres termes, « BETTER SAFE THAN SORRY » ou mieux vaut prévenir que guérir. Quelles sont les conditions d'application du principe de précaution ? Citons à nouveau les conclusions des XXIII[e] Journées nationales de droit civil, célébrées le 30 septembre 2011 à Tucumán : « Sans préjudice des règles générales sur la charge de la preuve, le principe de précaution pousse les tribunaux à se montrer plus indulgents dans la remise des preuves par la partie qui invoque ce principe ».

30. Concernant les conditions d'application du principe, il a été avancé que : « les présupposés du principe de précaution sont : a) le risque, la menace ou le danger de dommage grave ou irréversible ; b) l'incertitude ou l'absence d'informations scientifiques ». Il est également noté : « les éléments suivants constituent des conditions d'application des mesures de précaution : a) la proportionnalité et le

[1498] EWALD F., « Le retour du malin génie. Esquisse d´une philosophie de la précaution », in BERGEL S., op. cit.
[1499] KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., *El principio de precaución en un documento de la UNESCO*, Buenos Aires, juin 2005.

caractère raisonnable ; b) la transparence ; c) le caractère provisoire ; d) l'efficacité en fonction des coûts. Le principe de précaution concerne tant l'État que les particuliers »[1500].

4. Importance du principe de précaution

31. Le principe de précaution revêt une importance capitale dans la résolution des affaires environnementales. Rappelons, bien que cela coule de source, que les principes sont « des normes juridiques *prima facie* » ou à l'état germinal (LORENZETTI), des idées directrices qui servent de justification rationnelle de l'ordonnancement juridique dans son ensemble, ce sont donc des règles générales d'appréciation juridique (ESSER). Des lignes fondamentales et informatrices de

[1500]Une partie de la doctrine considère que les prérequis spécifiques ou stricts d'application du principe de précaution sont les suivants (cf. Roberto ANDORNO) : 1.- danger, menace ou risque, ce qui installe dans l'étape du pré-dommage ou ex ante (Alterini); 2.- dommage grave ou irréversible, majeur, qui peut impliquer une lésion grave et irréparable; 3.- l'évaluation scientifique du risque. Une fois l'adoption de mesures de précaution décidée, 4.- la transparence. 5.- la proportionnalité des mesures retenues, en fonction des coûts, pour empêcher la dégradation de l'environnement. On comprend que, selon cette dernière position doctrinaire, l'un des prérequis de l'application du principe de précaution est l'évaluation scientifique du risque. Celui-ci ne doit donc pas être invoqué ou utilisé comme recours à la légère mais de manière sérieuse, consistante, accompagné de preuves suffisantes pour accréditer l'état d'incertitude, de doute technique qui, dans de nombreuses législations et normes du droit international, doit être, selon les termes consacrés, « absolu ». Dans la législation argentine, conformément à l'article 4 de la loi générale de l'environnement 25.675, cet état est défini par une formule plus ample, *« le manque de certitude scientifique ou l'absence d'information»*, sans que l'incertitude ne doive pour autant être qualifiée. Ricardo LORENZETTI (dans son œuvre admirable : *Teoría del Derecho Ambiental*) relève les prérequis suivants : 1.- Menace de dommage grave ou irréversible : Identification d'un produit, activité ou substance. Identification d'un dommage futur. Il doit s'agir d'un dommage grave (cas extrêmes). 2.- Incertitude scientifique : L'évaluation scientifique ne permet pas d'évaluer le risque avec l'exactitude suffisante pour agir. Il se demande également : Combien de preuves faut-il réunir pour agir ou cesser de le faire ? L'incertitude oblige à déterminer si, au moment de prendre la décision, il existe un manque de connaissance scientifique sur la probabilité d'un dommage grave ou irréversible, pour, dans ce cas, ordonner les mesures d'investigation pour le réduire. Une fois ces recherches terminées, il faudra prouver au moins une situation sur laquelle l'activité peut produire un dommage grave et irréversible, afin d'exclure ce qui était supposé être sans danger. Finalement, il postule la nécessité de réaliser un bilan entre les risques et les bénéfices. Pour effectuer une telle tâche herméneutique, il affirme que la façon adéquate de procéder présuppose le fonctionnement suivant : 1.- identifier des marges de probabilités. 2.- évaluer les bénéfices relatifs pour les parties concernées. 3.- examiner les coûts comparatifs des diverses alternatives. 4.- valoriser les expériences précédentes. 5.- mener l'expérimentation étape par étape. 6.- réaliser des comparaisons intra et intergénérationnelles.

l'organisation. [1501] « Les lignes directrices guident certaines règles et inspirent directement ou indirectement un ensemble de solutions, elles peuvent donc servir à promouvoir et à diriger l'approbation de nouvelles règles, à orienter l'interprétation des règles existantes et à résoudre les cas non prévus »[1502]. Ce sont des raisons, des critères ou des justifications pour orienter l'action humaine face à une situation donnée. En d'autres termes, « ce sont des raisons qui justifient une décision dans un sens ou dans l'autre, pas forcément à l'opposé ».[1503]

32. GARCÍA DE ENTERRÍA[1504] signale que « les principes généraux ainsi entendus ont à la fois une capacité heuristique (pour résoudre des problèmes d'interprétation des lois et des actions en vue d'une solution), « inventive » (pour organiser ou découvrir de nouvelles possibilités) et « organisatrice » (pour ordonner des actes hétérogènes, changeants, voire contradictoires de la vie juridique) ; ce sont eux qui donnent à la vie juridique son dynamisme, son innovation et son évolution continue ».

33. Enrique P. BIANCHI et Héctor P. IRIBARNE [1505] nous rappellent qu'on les a appelés « organes respiratoires du droit »[1506]. Joseph ESSER les surnomme les « fenêtres » de l'ordonnancement, une expression qui illustre graphiquement leur fonction d'ouverture. Le célèbre professeur de l'Université d'Oxford, RONALD DWORKIN[1507], appelle « principe » toute norme qui doit être observée, « car c'est une exigence de la justice, de l'équité ou de toute autre dimension de la moralité ».

[1501] PRADO Juan José, GARCIA MARTINEZ Roberto, « Instituciones de Derecho Privado », *Principios Generales del Derecho*, Editorial Eudeba, 1985, chap. III, p. 31.
[1502] PLÁ RODRÍGUEZ Américo, « Los principios generales del derecho del trabajo », *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, Année 2, N°3, mai 1979, p. 35.
[1503] ESSER Josef, Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado, Bosch, Barcelone, 1961, p. 57.
[1504] GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, « Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo », *Revista de Administración Pública*, Madrid, N°40, p. 194.
[1505] BIANCHI Enrique P., IRIBARNE Héctor P., El principio general de la buena fe y la doctrina "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET, ED, 8/11/83.
[1506] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo : op. cit., p. 195.
[1507] DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, traduit de l'anglais par Marta GUASTAVINO, Ed. Ariel, Barcelone, 1989, p. 72; cité par SABELLI Héctor E., dans son excellent article : « Excepciones a la pesificación, emergencia y principios jurídicos », 29 janv. 2003, JA 2003- I, fascicule n°5.

C'est pour cette raison que l'on reconnaît aux principes une structure ouverte et flexible[1508]. On dit aussi des principes qu'ils ont une dimension dont les normes manquent : la dimension du « poids » ou de l'importance[1509]. Cependant, cette caractéristique nous empêche d'établir abstraitement une hiérarchie entre les principes, dès lors, on ne peut pas les articuler scientifiquement, on ne peut que les examiner prudemment[1510].

Ainsi, les juges soupèsent et examinent les principes, afin de décider lesquels appliquer dans l'affaire à traiter et dans quelle mesure. Les principes ne peuvent pas être appliqués de manière logique et déductive comme les règles[1511]. Ainsi, les principes exigent d'être examinés et dépendent de leur examen. L'examen est la forme d'application des principes.[1512]

34. Le magistrat du pouvoir judiciaire fédéral du Mexique Neófito LÖPEZ RAMOS[1513] observe que Robert ALEXY conçoit les principes comme des mandats d'optimisation et soutient que le point décisif entre les règles et les principes est que ces derniers sont des règles qui demandent que quelque chose « soit réalisé du mieux possible, en fonction des possibilités juridiques et réelles existantes ».[1514]

Il conclut que le droit de l'environnement doit primer sur d'autres droits, par exemple les droits de propriété ou d'industrie. On retrouve cet effet dans le texte constitutionnel, et il influence l'interprétation du contenu et de la portée de ces droits par les autorités ou les tribunaux.[1515]

[1508] CIANCIARDO Juan, La Corte Suprema y el constitucionalismo de principios, ED 182-693.
[1509] DWORKIN Ronald, op. cit, p. 77.
[1510] ZAGREBELSKI Gustavo, *El derecho dúctil*, traduit de l'italien par M. Gascón Abellian, Editorial Trotta, Madrid 1995, p. 124.
[1511] SABELLI Héctor E, op. cit., p. 25.
[1512] ALEXY Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traduit de l'allemand par Jorge M. Ceña, Editorial Gedisa, Barcelona 1997, p. 75.
[1513] LÓPEZ RAMOS Neófito, Symposium des juges et procureurs d'Amérique latine : Application et respect des normes environnementales, Buenos Aires, *Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica*, 23 et 24 sept. 2003.
[1514] ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, version espagnole de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.
[1515] LÓPEZ RAMOS Neófito, op. cit., p. 9 sqq.

35. Les principes généraux et notamment les principes généraux propres à une branche spéciale du droit, « servent de filtre purificateur en cas de contradiction entre ces principes et des règles données que l'on souhaite appliquer à cette branche spéciale. Ils servent de garde-fou face à l'avancée problématique de dispositions légales correspondant à d'autres branches du droit. Ce ne sont pas uniquement des bouées de secours face à l'invasion d'autres législations, ils servent aussi de moteur pour atteindre le développement, le renforcement et la consolidation des techniques, des mesures et des réglementations adéquates pour aller plus loin dans chaque discipline »[1516].

36. Les principes servent aussi souvent à « débroussailler la jungle législative que forme la législation moderne », où il y a profusion de règles difficiles à connaître et à comprendre. Ils permettent également d'ordonner, de comprendre et d'interpréter cette « LÉGIFURIE». Dans le domaine du droit de l'environnement, on a évoqué une « coulée de boue législative »[1517] provenant de différentes sources. Dès lors, il est indispensable de compter sur un corpus solide de principes généraux permettant d'ordonner, comme dit GARCÍA DE ENTERRÍA, « ce magma de règles », cette « législation motorisée » si l'on paraphrase le professeur.

Enfin, les principes généraux du droit revêtent un rôle très important : ils agissent comme « intégrateurs » lorsqu'il y a des lacunes dans le droit positif.

37. Ricardo LORENZETTI[1518] est l'un des auteurs qui ont le plus étudié le principe de précaution. Dans son ouvrage « Théorie du droit de l'environnement », il explique que le « principe de précaution » est relativement récent dans le domaine de l'environnement, mais qu'il s'est propagé étonnamment vite et a été introduit dans divers instruments internationaux et nationaux largement acceptés dans la doctrine spécialisée.[1519]

[1516] PRADO J., GARCIA MARTINEZ R., op. cit., p. 31 sqq.

[1517] ROCCA Ival, DUFRECHOU Roberto, La responsabilidad civil por agresión en el derecho ambiental latinoamericano, ED, 106-999.

[1518] LORENZETTI Ricardo L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, 2008, notamment le chap. III, p. 65 sqq, « Incertidumbre y riesgos ambientales. Prevención y precaución ».

[1519] De nombreuses publications se sont intéressées à la tutelle inhibitrice, entre autres : LORENZETTI Ricardo L., « La tutela civil inhibitoria », LL, 1995-C, 1217; ANDORNO Luis O., « El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano », JA, 1995-II,

Le principe de précaution, écrit ce célèbre auteur, « est de mieux en mieux accepté lorsqu'il s'adresse au cœur des gens. L'adhésion émotionnelle sert à l'énonciation, mais n'avance pas beaucoup dans la mise en œuvre et laisse beaucoup de place aux objections. On reproche notamment au principe de précaution d'être une réponse aveugle que les autorités administratives, le congrès et les juges donnent aux craintes publiques et qu'il pousse à prendre des décisions erronées dites « lois de la peur » (SUNSTEIN)[1520].

De même, il explique que le « consensus émotionnel » se fonde sur deux aspects clés. D'abord, « l'aversion du risque » que tout un chacun ressent naturellement et le refus catégorique des dangers, d'où le caractère politiquement correct[1521] du principe de précaution. Ensuite, le changement de paradigme auquel on assiste actuellement sur la perception des risques sociaux. De nos jours, les individus expriment de plus en plus de craintes face au potentiel du développement, ils commencent à percevoir les risques comme une entité floue, à se méfier de la science et préfèrent agir précautionneusement qu'avancer à tâtons. La peur exige d'être « proactif » avant d'être « réactif », d'anticiper les risques plutôt que de réagir une fois qu'ils produisent des dommages graves ou irréversibles. Ce même auteur observe encore que « le débat sur les critères de mise en œuvre révèle un large éventail de désaccords[1522]. À un extrême, il y a ceux qui soutiennent que le principe est une simple déclaration exhortative, mais qu'il n'a pas un champ d'application pratique. À l'autre extrême, il y a ceux qui défendent l'interdiction de toute action ayant des risques environnementaux jusqu'à démontrer quelque chose qui est presque indémontrable. Au milieu, on trouve une myriade de points de vue, qui vont de l'utilisation de critères fondés sur le risque/ bénéfice pour identifier des solutions, jusqu'à sa négation ». Il conclut en soulignant que « le principe de précaution crée sa propre incertitude lorsqu'il s'adresse au cerveau des personnes et fait appel à la raison. Il montre son maillon faible lorsqu'on l'utilise pour avancer à tâtons dans l'obscurité. Ainsi, cette introduction entend démontrer l'environnement problématique du principe : il y a un consensus dans les cœurs, des désaccords dans les raisons, et une progression chancelante ».

887; PEYRANO Jorge W., « La acción preventiva », Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2004; « Lo urgente y lo cautelar », JA, 1995-I, 899.

[1520] SUNSTEIN Cass, « Laws of fear: beyond the precautionary principle », Cambridge, 2005. SUNSTEIN Cass, « Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems », Pace Enviromental Law Review, Vol. 23, 3, 4 (2005-2006).

[1521] PERCIVAL Robert, « Who´s Afraid of the Precautionary Principle », Pace Enviromental Law Review, Vol. 23, N°1, 2005/6.

[1522] CROSS Frank, « Paradoxical Perils of the Precautionary Principle », 53 WASH. &LEE L. REV. 851, 851-52 (1996).

LORENZETTI[1523] soutient enfin :

« En ce sens, on peut affirmer que :

- Le principe de précaution n'est pas une simple exhortation, car quand la loi accueille le principe de précaution, il a une valeur réglementaire précise à caractère limitatif. C'est un cadre générique de l'action, à l'intérieur duquel il y a pouvoir discrétionnaire licite et en dehors duquel il y a illicéité.
- Il impose une obligation de prévention élargie et anticipatoire. C'est pourquoi il a été dit qu'il « ne demande pas uniquement une anticipation précautionneuse des dommages potentiels déjà en cours, mais avant tout une position de prévision sur les risques à l'avenir. C'est un principe proactif dans les décisions. Sa mise en œuvre demande de faire preuve d'humilité et de restriction et de reconnaître que les connaissances humaines sont faillibles[1524].
- Ainsi, les autorités administratives font face à deux options fondées sur le risque et doivent agir avec précaution dans le sens général du terme. Cela ne signifie pas qu'il faille suivre l'une ou l'autre des options de précaution, c'est-à-dire que l'on peut agir avec précaution de plusieurs manières : interdire une action, l'autoriser sous réserve de certaines restrictions, reporter une décision à plus tard, imposer l'obtention d'informations préalables. »

5. Conclusion

[1523] La lecture des définitions normatives du principe de précaution observe, suscite selon l'opinion de Ricardo Luis LORENZETTI, dans son ouvrage de référence, des interrogations aussi nombreuses qu'inquiétantes : S'agit-il d'une simple déclaration politique ou d'un principe obligatoire ? Ses destinataires sont-ils les fonctionnaires ou également les habitants ? Quel effet produit-il sur les politiques publiques ? Cela signifie-t-il que l'on ne peut l'appliquer en présence de mesures efficaces de protection ou bien en présence de mesures dont on méconnaît également les effets ? Implique-t-il une certitude absolue, relative, totale ou partielle ? Faut-il l'appliquer de manière générale ou uniquement dans certains cas qui constituent des risques incontrôlables et dépassent le rang de probabilité, comme le changement climatique ou la détérioration de la couche d'ozone, des espèces ou de la biodiversité ? Provoque-t-il l'inversion de la charge de la preuve ou bien le transfert du risque du doute, du retard, de l'incertitude ? L'analyse du « risque-bénéfice » doit-elle être appliquée ?

[1524] GUIDELINES, cit.

38. Le principe de précaution est un principe de droit et dès lors une norme juridique à caractère contraignant, il constitue en outre un « mandat d'optimisation » qu'il faut exercer dans la mesure du possible (ALEXY), qui crée une obligation de prévision anticipée et étendue (Lorenzetti) aussi bien pour les fonctionnaires publics que pour les autorités responsables de l'activité réglementée.

En outre, dans l'évolution actuelle de la science juridique, le principe de précaution est la frontière la plus large, la plus généreuse et la plus ouverte du droit de la responsabilité civile.

Autrement dit, le principe de précaution est un outil de défense de l'environnement, des consommateurs et de la santé publique, qui repousse considérablement les limites d'action du droit de la responsabilité civile dans le but d'éviter ou d'empêcher la réalisation d'un dommage grave ou irréversible et dans un sens d'action anticipatoire, intense, énergique et fortement interventionniste.

4. CHILI

ANALYSE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE CADRE JURIDIQUE CHILIEN

Pilar Moraga
Professeur à l'Université du Chili

39. Au fil de leur histoire, les êtres humains ont montré une préoccupation croissante pour l'environnement qui les entoure, inquiétude qui s'est progressivement matérialisée dans l'ordonnancement juridique national et international. Tout d'abord, la notion de réparation des dommages à l'environnement a été consacrée dans le droit, ensuite, on a établi des obligations fondées sur le principe de précaution, dont le but est d'éviter la survenance de dommages. Ce principe est appliqué par la mise en œuvre de différents instruments de gestion environnementale, comme l'évaluation environnementale, l'éducation, la responsabilité, les règles et les plans. L'obligation d'éviter les dommages à l'environnement, même dans un contexte d'incertitude juridique, constitue la dernière étape de ce cheminement.

40. Cette évolution appréciable au niveau international s'exprime aussi dans les ordonnancements juridiques nationaux, quoique différemment en fonction des réalités de chaque pays, c'est-à-dire en fonction du degré de conscience environnementale de la société. Dans le cas du Chili, la protection environnementale en tant que telle est née en 1980 lorsque le « droit à vivre dans un environnement non pollué et [le] devoir de l'État de préserver la nature » ont été consacrés dans la Constitution politique de la République (CPR) (CPR, article 19, point n°8), dont le texte prévoit aussi une mesure de protection en ce sens (CPR, article 20). Plus tard, en 1994, l'optique de la prévention a été incluse à notre ordonnancement juridique par la promulgation de la Loi n° 19 300 sur les Bases générales de l'environnement. Quant à l'optique de la précaution, elle commence dès l'année 2009 à se cristalliser dans la jurisprudence des cours de justice chiliennes, bien qu'elle ne soit pas consacrée dans la loi. Cela a fait l'objet de débats parmi les milieux sociaux et académiques, la jurisprudence ayant en quelque sorte forcé l'établissement de normes de protection de l'environnement plus strictes en fondant

ses décisions sur le principe de précaution. Le pouvoir judiciaire a ainsi suscité une discussion sur les normes jugées les plus adéquates par la société chilienne pour éviter des catastrophes environnementales.

41. Dans ce contexte, le présent article a pour but de retracer l'évolution du niveau d'acceptabilité des dommages environnementaux dans les lois et la jurisprudence. À nos yeux, plusieurs étapes marquent cette évolution : la prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement, le passage d'une optique de réparation environnementale à une optique de prévention des dommages à l'environnement et pour finir, la prévention dans un contexte d'incertitude scientifique. Chacune de ces étapes renforce les normes de protection environnementale afin de réduire les impacts négatifs sur l'environnement et la santé des personnes. L'analyse des éléments à l'origine du principe de précaution en droit international (1) et en droit chilien (2) en témoigne.

1. Analyse du contexte à l'origine du principe de précaution

42. L'apparition du principe de précaution dans le droit international est le reflet d'une volonté consensuelle de repousser d'un cran le niveau d'acceptabilité des risques pour l'environnement et la santé des personnes. En témoigne l'analyse de l'évolution d'une optique de réparation, matérialisée dans les décisions « environnementales »[1525] de la Cour internationale de justice, à une optique de prévention dans un contexte d'incertitude scientifique, en passant par une phase de simple prévention.

[1525] Dans le présent article, nous avons considéré comme « environnementales » les décisions ayant trait à des dommages sur l'environnement : Cour internationale de justice, Avis consultatif sur la licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires, 1er juillet 1996 ; Cour internationale de justice, Affaire relative au projet Gabcikovo Nagymaros, 25 septembre 1997 ; Cour internationale de justice, Affaire relative aux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, 20 avril 2010 ; Cour internationale de justice, Affaire relative aux épandages aériens d'herbicides, Ordonnance 13 septembre 2013 ; Cour internationale de justice, Affaire relative aux activités réalisées par le Nicaragua à la frontière du Costa Rica, 2011, 2013 ; Cour internationale de justice, Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan, 2013.

1.1 La voie vers des niveaux d'acceptabilité du dommage plus stricts

43. La prise de conscience, dès la fin des années 1960 et dans les années 1970[1526], du caractère limité des ressources naturelles amène un nouveau paradigme : la nécessité de concilier les objectifs de développement économique et social et la protection de l'environnement pour protéger les intérêts des générations à venir. Cette idée s'exprime d'abord dans le concept d'éco-développement[1527], puis dans celui de développement durable[1528].

Dans ce contexte, l'optique de la réparation des dommages à l'environnement, qui demande d'agir une fois que les dommages ont été constatés, est reléguée à un deuxième plan en faveur d'une optique de prévention dont le but est d'éviter la survenance de dommages et qui se matérialise par l'inscription dans la loi du principe de prévention[1529]. Ce changement de perspective est palpable dans la Déclaration de Stockholm de 1972 et dans la Charte mondiale de la nature de 1982[1530], et on le retrouve de manière encore plus explicite dans le Rapport Bruntland intitulé « Notre avenir à tous » de 1987 et enfin dans la Déclaration de Rio de 1992[1531].

44. La Cour internationale de justice considère que le principe de prévention est le « devoir de diligence » qu'a chaque État sur son territoire. Il s'exprime par l'évaluation d'impact sur

---

[1526] Meadows, D., *The limits to growth*, 1972. « Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin. » Principe 2 de la Déclaration de Stockholm.

[1527] Sachs, Ignacy, Ecodesarrollo, desarrollo sin destrucción, Programa sobre Desarrollo y Medio Ambiente, El colegio de México : 1982, p. 201.

[1528] Assemblée générale des Nations Unies, Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, Notre avenir à tous. A/42/427, 4 août 1987.

[1529] G. Hagman et al., Prevention better than cure, report Human and Environmental Disasters in the third world, Stockholm : Swedisch Red Cross, 1984).

[1530] Résolution 37/7, 28 octobre 1982.

[1531] Principe 2 : Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale.

l'environnement, qui revêt un caractère international[1532] en cas de différends entre États. Dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice, le principe de prévention est défini comme un principe visant à éviter tout dommage à l'environnement en général et à interdire la pollution transfrontière en particulier[1533].

45. En droit chilien, le principe de prévention est défini dans le message présidentiel qui accompagne la Loi sur les bases générales de l'environnement n° 19 300 comme suit : « par ce principe, on entend éviter que des problèmes environnementaux se produisent. La gestion environnementale qui prévalait jusqu'à présent dans notre pays et consistant à résoudre les problèmes environnementaux une fois qu'ils se sont produits n'est plus viable ». Dans ce même message, il est signalé que ce principe est à la base des instruments de gestion environnementale : système d'évaluation environnementale, éducation, règles et plans et responsabilité environnementale. La Cour suprême chilienne renforce, dans sa jurisprudence récente, la teneur du principe de prévention tel que défini dans la Loi 19 300 et le met en lien avec les instruments de gestion environnementale précités, notamment avec le système d'évaluation d'impact sur l'environnement [1534] et parfois avec la responsabilité pour atteinte à l'environnement[1535]. C'est ainsi que dans l'affaire Castilla, la Cour suprême déclare qu'elle « (…) juge nécessaire de souligner l'importance, comme il a été dit, de l'un des piliers de la Loi 19 300, à savoir le principe de prévention, visant à éviter que des dommages environnementaux se produisent. Ainsi, dans l'historique de la Loi n°19 300, pages 14 et 15, il est expliqué que pour respecter ce principe, la loi

[1532] Cour internationale de justice, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine *c.* Uruguay), 20 avril 2010. « 101. La Cour observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise. Il s'agit de « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ». 204. La Cour considère que, pour s'acquitter comme il se doit des obligations qu'elles tiennent des alinéas a) et b) de l'article 41 du statut de 1975, les Parties sont tenues, aux fins de protéger et de préserver le milieu aquatique lorsqu'elles envisagent des activités pouvant éventuellement causer un dommage transfrontière, de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement.

[1533] Cour internationale de justice, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine *c.* Uruguay), 20 avril 2010, opinion individuelle du Juge Cançado Trincado par. 59. Le principe sur la pollution transfrontières a trouvé son expression dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm et dans le principe 2 de la Déclaration de Rio.

[1534] RIO CUERVO, Cour suprême, Rôle N°2463-2012. BOCAMINA, Rôle N°2463-2012, CASTILLA, Cour suprême, Rôle N°1960-2012. Punta Alcalde, Cour d'appel de Santiago, Rôle Nº 7947-2013.

[1535] BOCAMINA, Cour suprême, Rôle N°3141-201, sixième considérant, 15 juin 2012.

prévoit une série d'instruments, dont le système d'impact sur l'environnement »[1536]. Dans l'affaire Punta Alcalde et concernant la décision du Conseil ministériel pour la durabilité, la Cour indique « que la décision précédente ignore l'aspect essentiel d'une évaluation d'impact sur l'environnement, c'est-à-dire son caractère éminemment préventif qui consiste à anticiper les conséquences du développement d'un projet sur l'environnement et minimiser ainsi les risques qui y sont associés, ce qui est inscrit à l'article 11 et au dernier alinéa de l'article 16 de la Loi 19 300 »[1537]. Dans l'affaire Bocamina, la Cour suprême rappelle que « l'étude d'impact sur l'environnement s'avère nécessaire compte tenu des principes qui inspirent et structurent notre législation environnementale, notamment les principes de prévention et de responsabilité, dont l'observation implique nécessairement que les évaluateurs appliquent dès le départ leurs connaissances techniques en la matière, ce qui n'est possible qu'au travers d'une étude d'impact sur l'environnement, comme il a été fait pour les projets d'origine, une simple déclaration de la partie concernée étant assurément insuffisante »[1538]. Pour finir, dans l'affaire Río Cuervo[1539], la Cour suprême rappelle que quel que soit l'instrument légal applicable à un projet donné – Loi n° 19 300 ou Loi n° 20 417 qui la modifie – « [le projet] doit être étudié et analysé par les organismes concernés à la lumière des principes environnementaux qui ont inspiré les législateurs ». Par la même occasion, la Cour suprême observe au sujet du principe de prévention qu'« il est important de s'arrêter sur le principe de prévention. » Dans le message de la présidence qui introduit la Loi n° 19 300, il est signalé : « par ce principe, on entend éviter que des problèmes environnementaux se produisent. La gestion environnementale qui prévalait jusqu'à présent dans notre pays et consistant à résoudre les problèmes environnementaux une fois qu'ils se sont produits, n'est plus viable. Le projet de loi prévoit donc une série d'instruments ». Parmi ces instruments, le système d'impact sur l'environnement est mentionné en ces termes: « Le projet de loi porte création d'un système d'évaluation d'impact sur l'environnement. En vertu de ce système, tout projet ayant un impact sur l'environnement devra faire l'objet d'une évaluation. Ce système se traduit par deux types de documents : la déclaration d'impact sur l'environnement pour les projets dont l'impact sur l'environnement est négligeable, et les études d'impact sur l'environnement pour les projets ayant un impact sur l'environnement plus conséquent. En vertu de ces dernières, toutes

[1536] Cour suprême Rôle N°1960, trente-troisième considérant, 28 août 2012.
[1537] Cour d'appel de Santiago, Rôle N° Nº 7947-2013, quinzième considérant, 1er août 2013.
[1538] Cour suprême, Rôle N°3141-201, sixième considérant, 15 juin 2012.
[1539] Cour suprême, Rôle N° 2463, cinquième et sixième considérants, 11 mai 2012.

les mesures nécessaires pour **minimiser** l'impact environnemental, le mesurer, voire, le refuser, seront prises **en amont** de la réalisation du projet. »

46. C'est sous l'optique de la prévention et avec pour toile de fond le paradigme du droit durable qu'apparaît, à la fin des années 1980, le principe de précaution, d'abord au niveau national (Allemagne), puis au niveau international lorsqu'il est consacré dans divers traités internationaux relatifs à la protection des mers[1540] et des eaux, et la couche d'ozone[1541], son principal champ d'application. Le principe de précaution s'est également appliqué aux domaines des déchets dangereux et de leur transport[1542], des polluants organiques persistants[1543], du changement climatique[1544] et de la biodiversité[1545].

47. D'après l'opinion émise par le juge Trincado dans l'affaire relative aux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay traitée par la Cour internationale de Justice, cette évolution du principe de prévention vers le principe de précaution s'explique par une prise de conscience de l'existence et de la persistance de risques, ainsi que de l'incertitude scientifique sur l'objet du différend. Le juge Trincado précise néanmoins lui-même que cette évolution n'implique pas que le principe de précaution se substitue au principe de prévention, au contraire, il permet une nouvelle lecture des dommages et de l'importance de les éviter dans un contexte d'incertitude scientifique de plus en plus évident[1546]. La doctrine confirme cette idée en affirmant que le principe de précaution est considéré comme un

[1540] Convention sur la lutte contre la pollution des mers, Convention de Montego Bay 1982, Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la Mer Baltique du 9 avril 1992.
[1541] Convention de Vienne pour la protection de la couche d'Ozone, 1985 et Protocole de Montréal, 1987.
[1542] Convention de Bamako relative à l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, 1991.
[1543] Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, 2005.
[1544] Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1992.
[1545] Convention sur la diversité biologique - réservée - Protocole sur la biosécurité, 1992.
[1546] Cour internationale de justice, Affaire relative aux usines à papier sur le fleuve Uruguay, opinion du juge Cançado Trincado, paragraphes 61 et 62.

prolongement du principe de prévention, ce dernier faisant également partie de l'optique de la prévention des risques[1547].

1.2 Teneur du principe de précaution

48. La teneur du principe de précaution a été définie dans le cadre d'un large consensus international qui s'est matérialisé dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 en ces termes : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Plusieurs éléments clés du principe de précaution se dégagent de cette définition et le rapprochent du principe de prévention, à savoir : le danger ou le risque de la survenance de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue et la proportionnalité entre le coût de la mesure que l'on entend adopter et les dommages que l'on entend éviter.

49. Le dictionnaire de la Real Academia Espanola (RAE) donne la définition suivante de risque : *contingencia o proximidad de un daño* (éventualité ou proximité d'un dommage*)* ». En ce qui concerne la précaution, l'Organisation mondiale du commerce souligne, aussi bien dans sa doctrine[1548] que sa jurisprudence, l'importance de conduire une évaluation des risques pour en déterminer la probabilité : « le Groupe spécial semble employer l'expression « risque identifié scientifiquement » pour prescrire implicitement qu'il est nécessaire de prouver une certaine *envergure* ou un seuil du risque lors d'une évaluation des risques (…) »[1549]. La doctrine distingue à son tour le « risque potentiel plausible » du « risque potentiel avéré ». Le premier est défini comme le risque reconnu par une analyse scientifique malgré l'absence d'expériences antérieures soutenant l'hypothèse de risque identifiée, tandis que le

[1547] GIDEENS, A., *Runaway World. How globalization is reshaping our lives*, profile, Londres : Routledge, 1999, p. 26.
[1548] KOURILSKY, P., VINEY, G., *Le principe de précaution*. Paris : Éditions Odile Jacob, Documentation Française, 2000, p.16.
[1549] WT/DS26/R, WT/DS48/R, 1998, paragraphe 186.

second est défini comme un risque où la probabilité de la survenance de dommages est fondée sur des expériences antérieures qui exigent un certain niveau de vigilance[1550].

50. Pour ce qui est de la certitude scientifique, la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce soutient qu'il y a « justification scientifique » lorsqu'il existe un rapport rationnel entre la règle, objet du différend, et les informations scientifiques disponibles »[1551]. *A contrario sensu*, « l'absence de certitude scientifique absolue » se produirait en cas d'avis scientifiques divergents ou de résultats scientifiques peu concluants sur le lien de causalité entre une activité, objet du litige, et ses conséquences sur l'environnement ou la santé des êtres humains, ainsi que sur le degré de probabilité du danger[1552].

Figure n°1: Définition d'absence de certitude scientifique absolue

Absence de certitude scientifique absolue	=	Avis scientifiques divergents	↔	-Niveau de **probabilité** du danger -Lien de **causalité** entre une activité, objet du litige, et ses conséquences sur l'environnement ou la santé des êtres humains.
		Résultats scientifiques peu concluants		

[1550] KOURILSKY, P., VINEY, G., *Le principe de précaution*. Paris : Éditions Odile Jacob, Documentation Française, 2000, p. 42.
[1551] WT/DS76/R, Japon-Mesures visant les produits agricoles, 22 février 1999, paragraphe 79.
[1552] OMC, Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC, en rapport avec les letres b), d) y g) de l´article XX du GATT, 08 mars 2002, WT/CTE/203, 8 de marzo de 2002.

51. En ce sens, l'Organe de règlement des différends de l'OMC affirme que la décision en question ne doit pas obligatoirement être fondée sur l'opinion scientifique majoritaire, car elle peut se baser sur l'opinion scientifique principale ou sur l'opinion dissidente si elle provient d'une source compétente et respectée : « L'article 5:1 ne requiert pas que l'évaluation des risques fasse état nécessairement du seul point de vue de la majorité de la communauté scientifique intéressée. Parfois, l'existence même d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique. Parfois, les divergences peuvent indiquer que les opinions scientifiques sont à peu près également partagées, ce qui peut dénoter une forme d'incertitude scientifique. Dans la plupart des cas, les gouvernements responsables et représentatifs ont tendance à fonder leurs mesures législatives et administratives sur l'opinion scientifique "dominante". Dans d'autres cas, des gouvernements tout aussi responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une opinion divergente provenant de sources compétentes et respectées »[1553].

De même, l'efficacité, comprise comme la proportionnalité qui existe du point de vue du coût économique entre la mesure que l'on entend adopter au nom du principe de précaution et les dommages que l'on entend éviter[1554].

Figure n°2 : Définition d'efficacité

Efficacité	=	Proportionnalité économique entre la mesure que l'on entend adopter au nom du principe de précaution et les dommages que l'on entend éviter

1.3 Particularités du principe de précaution

52. Tel qu'exposé précédemment, le principe de précaution revêt des caractéristiques propres qui le distinguent du principe de prévention.

[1553] WT/DS26/R, WT/DS48/R, 1998, paragraphe 194.
[1554] Hartiz, Miriam "An inconvenient deliberation: the precautionary principle's contribution to the uncertainties surrounding climate change liability", Kluwer Law International, 2011, 457p.

Le principe de prévention est un principe d'application générale du droit de l'environnement, son but est d'éviter les impacts sur l'environnement. De ce point de vue, l'application du principe de prévention ne dépend pas du type de risque pour l'environnement auquel nous sommes exposés. En revanche, dans le cas du principe de précaution et en conformité avec les prescriptions de la Déclaration de Rio, ce principe s'applique face à un risque revêtant les caractéristiques de « grave » et « d'irréversible ».

Pour ce qui est du deuxième élément du principe de précaution, à savoir, l'incertitude scientifique, le juge de la Cour internationale de justice Cançado Trincado soutient que le principe de prévention demande d'examiner les menaces ou les dangers pour l'environnement, tandis que le principe de précaution tient compte des menaces de danger probables ou potentielles pour l'environnement[1555]. De ce point de vue, alors que le principe de prévention repose sur l'hypothèse selon laquelle les risques peuvent être évalués objectivement en vue d'éviter tout dommage, l'apparition du principe de précaution répond à une optique d'anticipation face à des menaces probables, entourées d'incertitude, dans le cadre de laquelle les risques doivent être évalués rationnellement[1556]. La doctrine ajoute en ce sens qu'alors que le principe de prévention s'applique face à des risques avérés, le principe de précaution s'applique en cas de risques potentiels[1557].

53. Le jugement du Deuxième tribunal de l'environnement dans l'affaire Tagua Tagua[1558] réaffirme cette optique en signalant : « dans le cas du principe de prévention, nous sommes face à des risques réels et prévus, tandis que dans le cas du principe de précaution, les risques sont plutôt de nature incertaine et ne sont pas prévus ; dès lors, "l'absence de certitude scientifique absolue" mentionnée au principe 15 précité est exclusivement liée au principe de précaution et non pas au principe de prévention, comme confond l'autorité en matière d'environnement ».

[1555] Cour internationale de justice, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010. Opinion individuelle du Juge Trincado par. 62 : « Le principe de prévention amène à considérer les menaces ou dangers pour l'environnement, tandis que, avec le principe de précaution, ce sont les menaces ou dangers pour l'environnement probables ou potentiels que l'on envisage ».

[1556] Cour internationale de justice, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010. Opinion individuelle, Juge Cançado Trincado par. 72.

[1557] Koursily, 2001, "La précaution est relative à des risques potentiels et la prévention a des risques avérés". completar

[1558] Rôle N°02-2013, 1er octobre 2013, vingt-huitième considérant.

Concernant ensuite l'efficacité, étant donné qu'il s'agit d'un élément accessoire au principe de précaution, il n'est pas déterminant pour distinguer ce principe du principe de prévention.
La différence entre le principe de prévention et le principe de précaution décrite ci-dessus peut être résumée comme suit :

Figure n° 3 : Tableau comparatif entre le principe de prévention et le principe de précaution

ÉLÉMENT	P. prévention	P. précaution
RISQUE DE DOMMAGE	Risque de n'importe quel type de dommage	Risque de dommage grave ou irréversible
CERTITUDE/INCERTITUDE SCIENTIFIQUE	Certitude scientifique, risque de dommage connu (domaine des risques avérés)	Incertitude scientifique sur la causalité ou sur la survenance d'un dommage (domaine des risques probables)
ÉFFICACITÉ	-	Exige que l'on applique la mesure la moins coûteuse

54. De même, les principes de prévention et de précaution peuvent être différenciés du point de vue de leur application temporelle dans le traitement du risque. De ce point de vue, le droit européen distingue l'étape de l'évaluation du risque de celle de la gestion du risque. La jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce définit la première étape comme « l'examen scientifique visant à identifier des risques »[1559]. D'après la XXXX, à cette étape, on identifie la probabilité d'un risque de dommage grave à l'environnement.

55. Une fois que les risques potentiels liés à une activité donnée sont identifiés, c'est la société qui va définir par une décision politique le niveau de risque « acceptable » : « déterminer quel est le niveau de risque "acceptable" pour la société est une responsabilité éminemment politique »[1560]. La jurisprudence de l'OMC affirme aussi en ce sens qu' « une fois que les risques auront été évalués, c'est-à-dire une fois que les risques et la probabilité qu'ils se concrétisent auront été identifiés, les Membres devront décider sur la base de leurs propres jugements de valeur s'ils peuvent accepter ces risques »[1561].

56. Le principe de précaution s'inscrirait donc dans une stratégie du risque admettant l'idée que les risques peuvent être intégralement supprimés. Néanmoins, il semblerait que le niveau de « risque zéro » est pratiquement inatteignable. En outre, cette vision permettrait d'associer ce principe à un principe d'abstention, alors qu'en réalité, c'est un principe visant à orienter les pouvoirs publics que l'on recherche.

57. Différents points de vue sur le contenu du principe de précaution allant d'une vision « intégriste » à une vision « plus flexible »[1562] émergent de ce débat. La première envisage un niveau de risque zéro, ce qui entraîne le renversement de la charge de la preuve. Il en découle que l'autorité devra

---

[1559]WT/DS48/R/CAN, p. 268.
[1560] Commission des Communautés européennes, Communiqué de la Commission sur le recours au principe de précaution, COM (2000) 1 final, p. 3.
[1561]WT/DS48/R/CAN, p. 268.
[1562] Kourilsky, Philippe, Viney, Geneviève, Le principe de précaution. Paris : Éditions Odile Jacob. La Documentation Française, 2000, p. 139.

prouver l'innocuité totale de l'acte qu'elle accomplit ou qu'elle autorise[1563]. Dans ce contexte, il ne peut y avoir aucune contrainte financière pour interrompre ou refuser une activité donnée s'il existe un doute sur les risques pour l'environnement de cette activité. Une application du principe de précaution selon cette vision très stricte risque de paralyser totalement l'activité[1564]. A l'opposé, selon la deuxième vision, le principe de précaution ne s'applique que lorsque les risques de dommages graves et irréversibles sont très importants. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de renverser la charge de la preuve et le critère de proportionnalité s'applique à tous effets. Concernant ce dernier aspect, le principe de précaution ne s'applique que dans le cas où la mesure de précaution est considérablement moins onéreuse que la réalisation du risque[1565]. La doctrine soutient qu'en appréhendant le principe de précaution selon son expression minimale, on finit par l'assimiler au principe de prévention. La vision intermédiaire et majoritaire considère au contraire que le principe de précaution s'applique en cas de risque scientifiquement croyable et jugé plausible par une part importante de la communauté scientifique. Dans ce cas, le juge peut répartir la charge de la preuve et la proportionnalité tient compte de facteurs économiques, sociaux, culturels et éthiques[1566].

2. Le niveau de dommage accepté dans le cadre réglementaire chilien à la lumière du principe de prévention et du principe de précaution

[1563] C'est ce que défend l'Argentine dans l'affaire qu'elle a portée devant la Cour internationale de justice, relative au projet d'usines de pâte à papier en Uruguay. AFFAIRE RELATIVE AUX USINES DE PÂTE À PAPIER SUR LE FLEUVE URUGUAY (ARGENTINE *c.* URUGUAY) ARRÊT DU 20 AVRIL 2010, p. 160 : L'Argentine soutient que l'approche de précaution adoptée dans le statut de 1975 a pour effet de « transfér[er] la charge de la preuve à l'Uruguay, [de telle sorte que ce serait à lui de démontrer] que l'usine de pâte à papier Orion (Botnia) ne cause pas de dommages significatifs à l'environnement». Elle affirme également que la charge de la preuve ne devrait pas peser sur elle seule, en tant qu'État demandeur, car, selon elle, le statut de 1975 impose aux deux Parties une obligation égale de convaincre l'une, de l'innocuité du projet, l'autre, de sa nocivité ».

[1564] Kourilsky, Philippe, Viney, Geneviève, *Le principe de précaution*. Paris: Éditions Odile Jacob. La Documentation Française, 2000, p. 139.

[1565] Kourilsky, Philippe, Viney, Geneviève, *Le principe de précaution*. Paris: Éditions Odile Jacob. La Documentation Française, 2000, p. 140.

[1566] Kourilsky, Philippe, Viney, Geneviève, *Le principe de précaution*. Paris: Éditions Odile Jacob. La Documentation Française, 2000, p. 140.

58. La Loi sur les bases générales de l'environnement n° 19 300 de 1994 a été rédigée à un moment charnière de l'histoire du droit de l'environnement. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que les principes de Rio 92 ont profondément inspiré les législateurs à l'origine de ce corps légal, conçu lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement[1567] (2.1). Quelques années plus tard, les cours de justice ont repris ces principes dans leur jurisprudence pour en faire les piliers de leurs décisions judiciaires (2.2).

2.1 Les principes du droit de l'environnement dans le cadre réglementaire national

59. Le message qui introduit la Loi sur les bases générales de l'environnement n° 19 300 de 1994 consacre et définit les principes directeurs de ce texte légal. Il s'agit des principes suivants : prévention[1568], pollueur-payeur, observation progressive, responsabilité[1569], participation et efficacité. Le

[1567] Historique de la loi n° 19 300, p. 6 : « Parmi les défis à relever dans cette tâche, on peut citer un élément d'une importance capitale : rétablir des rapports sains entre l'économie, la nature et la communauté humaine. La notion de développement durable s'avère à cet égard fort utile, car d'après cette notion, il ne peut y avoir de progrès solide et durable s'il n'y a pas à la fois d'équité sociale et de conservation de l'environnement. Un développement durable doit préserver la terre et l'eau, les ressources génétiques, il ne doit pas dégrader l'environnement, être techniquement adéquat, économiquement viable et socialement acceptable. Cependant, la conservation de l'environnement ne peut être pensée de manière restrictive. Notre pays doit répondre aux besoins croissants en logement, santé, éducation, énergie, etc. Cela demande d'exploiter les ressources dont il dispose ».

[1568] Le Principe de prévention : par ce principe, on entend éviter que des problèmes environnementaux se produisent. La gestion environnementale qui prévalait jusqu'à présent dans notre pays et consistant à résoudre les problèmes environnementaux une fois qu'ils se sont produits, n'est plus viable. Le projet de loi prévoit donc une série d'instruments : en premier lieu, l'éducation environnementale, qui met l'accent sur l'importance de sensibiliser l'ensemble de la population et notamment les enfants et les jeunes à la problématique environnementale. Modifier le comportement de la population est en effet ce qu'il y a de plus efficace pour éviter l'apparition de problèmes environnementaux. C'est un travail de longue haleine qui passe essentiellement par l'intégration de matières et de pratiques environnementales au processus éducatif. En deuxième lieu, le projet de loi met en place un système d'évaluation d'impact sur l'environnement, auquel tout projet ayant un impact sur l'environnement devra être soumis. Cette évaluation se fait sous forme de deux documents : la déclaration d'impact sur l'environnement, pour les projets dont l'impact sur l'environnement est négligeable, et les études d'impact sur l'environnement, pour les projets ayant un impact sur l'environnement plus conséquent. Dans le cadre de ces dernières, toutes les mesures nécessaires pour minimiser l'impact sur l'environnement, le mesurer, voire, le refuser, seront prises en amont de la réalisation du projet. Par cet instrument, on entend éviter l'installation de processus productifs pouvant entraîner de graves dommages à l'environnement.

principe de prévention est défini comme suit : « 1) Le Principe de prévention : par ce principe, on entend éviter que des problèmes environnementaux se produisent. La gestion environnementale qui prévalait jusqu'à présent dans notre pays et consistant à résoudre les problèmes environnementaux une fois qu'ils se sont produits, n'est plus viable. Le projet de loi prévoit donc une série d'instruments : en premier lieu, l'éducation environnementale, qui met l'accent sur l'importance de sensibiliser l'ensemble de la population et notamment les enfants et les jeunes à la problématique environnementale. Modifier le comportement de la population est en effet ce qu'il y a de plus efficace pour éviter l'apparition de problèmes environnementaux. C'est un travail de longue haleine qui passe essentiellement par l'intégration de matières et de pratiques environnementales au processus éducatif. En deuxième lieu, le projet de loi met en place un système d'évaluation d'impact sur l'environnement, auquel tout projet ayant un impact sur l'environnement devra être soumis. Cette évaluation se fait sous forme de deux documents : la déclaration d'impact sur l'environnement, pour les projets dont l'impact sur l'environnement est négligeable, et les études d'impact sur l'environnement, pour les projets ayant un impact sur l'environnement plus conséquent. Dans le cadre de ces dernières, toutes les mesures nécessaires pour minimiser l'impact sur l'environnement, le mesurer, voire, le refuser, seront prises en amont de la réalisation du projet. Par cet instrument, on entend éviter l'installation de processus productifs pouvant entraîner de graves dommages à l'environnement ».

60. Le message définit également le rôle des principes du droit de l'environnement et affirme en ce sens que ces principes visent à éviter que les dispositions de la loi 19 300 soient « creuses et dénuées de sens » et qu'elles soient dépourvues « d'objectifs spécifiques clairs »[1570]. De même, il est reconnu que les principes ont pour mission d'apporter une cohérence à l'ensemble et de permettre une meilleure compréhension de la véritable portée et des objectifs des règles. Cette mission a été corroborée

[1569] En quatrième lieu, le projet établit le principe de la responsabilité, en vertu duquel les responsables de dommages environnementaux devront réparer leurs victimes de tout préjudice causé. On cherche également à réparer matériellement les dommages causés à l'environnement, en contraignant l'auteur des préjudices à restaurer le paysage dégradé. Par conséquent, le principe de la responsabilité dépasse le domaine de la responsabilité civile et institut une nouvelle figure que l'on pourrait appeler « responsabilité pour dommages à l'environnement ». Pour se concrétiser, il doit y avoir infraction de règles environnementales. D'autre part, le système de sanctions pécuniaires renforce le système de responsabilité pour les infracteurs des règles.

[1570] Histoire de la Loi Nº 19 300, page 12.

par la jurisprudence qui a reconnu que les principes du droit de l'environnement ont pour vocation d'orienter l'activité législative et l'action de l'exécutif et qu'ils jouent un rôle inspirateur dans le travail juridictionnel[1571]. En ce sens, on a réaffirmé son rôle « d'interprétation et dès lors d'inspiration pour ceux qui exécutent les règles, son rôle d'intégration lorsque cela s'avère nécessaire en l'absence de règle ; de filtre purificateur, en cas de contradiction entre ces principes et des normes données que l'on souhaite appliquer ; de garde-fou face à l'avancée problématique de dispositions légales correspondant à d'autres branches ou domaines du droit et de renforcement de la valeur de la sécurité juridique de l'ensemble de l'ordonnancement »[1572].

61. La jurisprudence va cependant plus loin en affirmant qu'il « est essentiel de garder à l'esprit les principes qui ont inspiré le texte de la loi 19 300 et son règlement », mais également ceux qui « ont été souscrits par les chefs d'État et de gouvernement, comme les principes de Stockholm de 1972 et de Rio de Janeiro de 1992 réaffirmés cette année à Rio+20 »[1573]. Ainsi les principes qui ont inspiré la loi 19 300, énumérés dans le message qui accompagne ce texte légal et dont le principe de précaution ne fait pas partie, comprennent aussi l'ensemble des principes contenus dans ces textes internationaux. La conclusion du Ministre Muñoz, exprimée dans son opinion dissidente lors du jugement de l'affaire « cendres de Las Trancas » confirme un certain consensus au sein de la jurisprudence et de la doctrine sur la possibilité qu'ont les tribunaux de justice d'invoquer et d'appliquer d'autres principes du droit de l'environnement outre ceux qui sont expressément cités dans l'historique de la loi 19 300, comme le principe de précaution. En effet, malgré l'émoi qu'a suscité l'application du principe de précaution par les Cours de justice chiliennes parmi les théoriciens et les secteurs productifs, les critiques n'ont jamais porté sur le fait que ce principe n'est pas explicitement consacré dans notre ordre juridique. Le Deuxième Tribunal de Santiago rompt néanmoins cet accord tacite, en déclarant dans le cadre de l'affaire Tagua Tagua : « Sans prétendre à l'exhaustivité dans la description de la nature et de la nature de ces deux principes environnementaux, il convient toutefois de clarifier les éléments suivants : 1) le principe de prévention est positivement reconnu dans notre ordonnancement juridique et le Système

[1571]Opinion dissidente du ministre Muñoz, « Cendres de las Trancas », 26 octobre 2012, Rôle N°4755-2012.
[1572]Opinion dissidente du ministre Muñoz, « Cendres de las Trancas », 26 octobre 2012, Rôle N°4755-2012.
[1573] Cour suprême, « Cendres de las Trancas », 26 octobre 2012, Rôle N°4755-2012, Opinion dissidente du ministre Muñoz.

d'évaluation d'impact sur l'environnement en est l'expression juridique et matérielle ; 2) en revanche, le principe de précaution n'est pas fermement ancré dans notre ordonnancement juridique ; le principe 15 de la Déclaration de Rio qui le contient n'est pas contraignant et ne peut donc pas être appliqué directement lors de l'évaluation de projets concrets »[1574].

2.2 Analyse de l'application du principe de précaution dans la jurisprudence

62. L'application du principe de précaution par les Tribunaux supérieurs de justice n'a pas été sans susciter de vives réactions. Parmi les reproches adressés à l'application de ce principe, on peut citer :

a. La confusion apparente entre principe de précaution et principe de prévention

b. L'effet paralysant des décisions fondées sur le principe de précaution

Ces affirmations concernent des décisions rendues par la Cour suprême dans le cadre de recours de protection présentés pendant le traitement environnemental de projets d'investissement, qu'ils soient énergétiques, miniers ou immobiliers.

63. Deux interrogations principales se dégagent de ce qui précède. En premier lieu, il s'agit de savoir si la Cour suprême confond réellement la teneur des principes de prévention et de précaution. En deuxième lieu, il semble nécessaire de déterminer si la Cour invoque effectivement ce principe dans le but de justifier l'arrêt de projets d'investissement.

64. Pour répondre à la première interrogation, il faut distinguer quatre situations : la première situation se produit lorsque la Cour suprême invoque le principe de prévention alors qu'en réalité, elle applique le principe de précaution (affaire Castilla) ou à l'inverse, les cas où la Cour suprême invoque le principe de précaution et applique le principe de prévention (affaire El Morro). La troisième situation se produit lorsque la Cour suprême invoque et applique le principe de prévention, mais la critique comprend que c'est le principe de précaution qui est appliqué. La quatrième situation correspond aux cas où la Cour invoque le principe de précaution et l'applique.

[1574]Rôle N°02-2013, 1er octobre 2013, vingt-neuvième considérant.

65. Pour ce qui est de la première problématique, il est reproché à la Cour suprême d'agir de manière confuse en appliquant le contenu du principe de précaution sous le manteau du principe de prévention. En d'autres termes, une partie de la critique avance que la Cour suprême interprète le principe de prévention selon les critères du principe de précaution dans la résolution des différends portés devant elle. Citons par exemple le raisonnement de la décision relative à l'affaire de la centrale thermoélectrique Castilla[1575], dont le texte ne mentionne pas le principe de précaution, mais où le principe de prévention est développé dans plusieurs considérants. La Cour rappelle que le principe de prévention est l'un des principes qui ont inspiré la Loi sur les bases générales de l'environnement n° 19 300, et se trouve défini dans ce corps légal comme le principe qui vise à « éviter que des problèmes environnementaux se produisent. La gestion environnementale qui prévalait jusqu'à présent dans notre pays et consistant à résoudre les problèmes environnementaux une fois qu'ils se sont produits, n'est plus viable »[1576], et souligne son importance. De même, il est rappelé que la Loi crée une série d'instruments de gestion environnementale, dont l'évaluation d'impact sur l'environnement, qui constituent l'application du principe. Dans ce même ordre d'idées, la Cour déclare qu' « il est inacceptable que la qualification d'un projet soit sujette à l'obtention auprès des autorités d'autorisations ou d'approbations futures, comme il se produit dans ce cas avec le Programme de contrôle de fuites d'hydrocarbures ou d'autres substances susceptibles de polluer »[1577], car cela va à l'encontre d'une optique de prévention visant à évaluer les impacts d'une activité en temps voulu afin d'éviter des dommages à l'environnement. À cette étape de l'analyse, on ne peut pas déduire qu'il y ait une confusion apparente entre le principe de prévention, tel qu'énoncé par la Cour, et le principe de précaution. Dans le raisonnement de la Cour, le principe de prévention est limité lorsqu'elle fait allusion à l'examen du fondement technique de deux décisions différentes adoptées par l'autorité (Secrétariat régional ministériel de la santé), la première qualifiant l'activité de « polluante » (décision n° 110) et la seconde, la qualifiant de « gênante » (décision N°578) XXXverificar et par rapport à la définition de risque acceptable. La Cour signale à ce propos que « (…) une décision technique tenant compte de divers aspects pour qualifier une activité, et pas uniquement des mesures basées sur des modélisations, et

[1575] Cour suprême, Santiago, 28 août 2012, Rôle N°1960-2012.
[1576] Vingt-huitième et trente-troisième considérants.
[1577] Trente-troisième considérant.

qualifiant le projet de « polluant » **car d'éventuels risques pour la santé de la population ne peuvent pas être écartés**, sera préférable à la décision technique qui juge la procédure de calcul des modélisations erronée, et qui ne se prononce pas sur les autres arguments avancés par l'autorité environnementale qui a rendu la première décision. Ce qui précède est fondé sur l'application du principe de prévention qui a inspiré la loi 19 300 … »[1578]. En affirmant que la décision technique prise pour épargner la population de risques qui ne peuvent pas être écartés est préférable, la Cour entre dans le domaine de l'incertitude scientifique, car la décision technique dont il est question ne se fonde pas sur des risques connus, mais sur des risques qui ne peuvent pas être exclus. La Cour précise à ce sujet qu'elle n'entend pas établir un niveau de « risque zéro », ce qui lui permet d'éviter des critiques à ce propos, la question du risque acceptable étant fortement controversée. Au contraire, elle signale qu'elle entend que les risques « *advertidos* » (avisés*)* soient pris en compte et que les mesures pertinentes soient adoptées en conséquence. Il est difficile de savoir ce que la Cour entend par le terme *advertido*, toutefois, il semblerait s'agir d'une notion différente de celle des risques connus[1579]. La Cour va plus loin en affirmant qu'il « semble raisonnable que face à des modélisations de mesure, l'autorité estime que les risques pour la population ne peuvent pas être écartés, même si un projet est circonscrit aux paramètres autorisés par la Loi »[1580]. La confusion apparaît lorsque la Cour fonde ce qui précède sur le principe de prévention, qui contrairement au principe de précaution, agit face à des risques connus.

66. Il en va de même dans l'affaire Río Cuervo, où la Cour invoque le principe de prévention, mais dans la pratique et après une confusion conceptuelle entre principe de prévention et principe de précaution, applique ce dernier. La définition même que la Cour donne du principe de prévention témoigne de cette confusion : « le principe de prévention agit dans le cas de suppositions déjà prouvées »[1581]. Pour ce qui est du principe de précaution, la Cour considère qu'il « requiert un risque rationnel et évident démontré au préalable, qui sur la base d'études spécialisées, pourrait

[1578] Cinquantième considérant e). Cour suprême, Santiago, 28 août 2012, Rôle N°1960-2012.
[1579] Le dictionnaire de la Real Academia de la Lengua Española donne la définition suivante du terme *advertido* : *« Capaz, experto, avisado »* (capable, expert, avisé), terminologie qui ne peut pas être appliquée au type de risque en question.
[1580] Cinquantième considérant f). Cour suprême, Santiago, 28 août 2012, Rôle N°1960-2012.
[1581] Sixième considérant, paragraphe 2. Cour suprême, 2463-2012.

vraisemblablement se produire »[1582]. Dans ce cas, la Cour qualifie le risque impliqué dans l'application du principe de prévention de « vraisemblable », adjectif que le dictionnaire de la Real Academia Espanola définit en espagnol par *Que tiene apariencia de verdadero* (qui semble vrai) et *Creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad* (croyable car étant dépourvu de tout caractère de fausseté). La Cour nous situe ainsi dans le domaine de « la probabilité » et par conséquent de l'incertitude scientifique, plutôt que dans le domaine des risques connus et avérés propre au principe de prévention. Dans cette décision, antérieure au jugement de l'affaire Castilla analysée plus tôt, la Cour avait déjà précisé que ce raisonnement ne cherche pas à circonscrire l'activité des particuliers au « risque zéro », et créé l'expression « risques avisés ». Dans ce cas, la Cour justifie le caractère « illégal » mentionné dans le Rapport consolidé d'évaluation, dans la mesure où ni les termes de la loi, ni ses principes directeurs ne sont appliqués[1583]. L'affaire Dunes de Concón reprend les arguments précédents pour justifier qu'une évaluation d'impact sur l'environnement s'avère nécessaire pour les travaux de fermeture de l'ensemble dunaire « Dunas de Concón », où se trouve une réserve naturelle, et interdit la réalisation de travaux quels qu'ils soient sur l'ensemble dunaire de Concón[1584].

67. La deuxième situation mentionnée plus haut se produit lorsque dans le raisonnement de sa décision, la Cour suprême invoque le principe de précaution, mais que dans les faits, elle applique le principe de prévention, comme dans l'affaire El Morro. Dans cette affaire, la décision de la Cour d'appel, ratifiée par la Cour suprême, signale concernant les aspects illégaux et arbitraires que la « décision de qualification environnementale est arbitraire et illégale car elle viole le principe de précaution, pilier de l'étude d'impact sur l'environnement ». Cette phrase met en évidence la confusion qui existe entre les deux principes – précaution et prévention – car comme nous l'avons signalé, dans l'historique de la Loi 19 300 il est affirmé très clairement que l'évaluation d'impact sur l'environnement est, en sa qualité d'instrument de gestion environnementale, une expression du principe de prévention. Cette confusion est encore plus explicite au vu de l'allusion à l'erreur dans la qualification de l'envergure des impacts sur l'environnement et des situations de risques identifiées lors de l'évaluation

[1582] Sixième considérant, paragraphe 2. Cour suprême, 2463-2012.
[1583] Sixième considérant. Río Cuervo Rôle N°2463-2012.
[1584] Dunas de Concón, 27 juillet 2012, Rôle N° 2138-2012, deuxième, troisième, quatrième, cinquième et sixième considérants.

environnementale du projet, notamment en ce qui concerne les ressources hydriques, dans la décision de qualification environnementale. En ce sens, il est noté que des mesures d'atténuation et de compensation liées à la qualification « non significatifs » ont été prises, mais ces dernières n'éviteront pas les impacts et n'écarteront les risques convenablement, dans la mesure où il s'agit de risques « significatifs ». Parallèlement, on reproche les « graves lacunes dans la description » de la ligne de base, d'où l'impossibilité de prévoir convenablement tous les effets de l'activité en question. C'est ainsi que la Cour suprême énonce le principe de précaution pour développer ensuite le principe de prévention[1585].

68. L'affaire Bocamina est un exemple de la troisième situation, à savoir lorsque la Cour invoque le principe de prévention et l'applique, mais que la critique considère que dans les faits, c'est le principe de précaution qui a été appliqué.

Dans cette affaire, la Cour invoque le principe de prévention pour justifier la conduite d'une Étude d'impact sur l'environnement en lieu et place d'une déclaration dans le cadre de la présentation d'une modification de projet « Optimisation centrale thermoélectrique Bocamina, deuxième unité » XXX. La Cour reconnaît que conformément à la loi, l'évaluation environnementale est l'expression du principe de prévention. Elle signale également que les impacts de la modification dont il est question ne peuvent être analysés qu'au moyen d'une Étude d'impact sur l'environnement étant donné la complexité technique du projet. Compte tenu de ce qui précède, on peut affirmer que l'affaire Bocamina se base du début à la fin sur le principe de prévention, car il est demandé d'évaluer dès le départ les impacts sur l'environnement du projet en question. Nous nous trouvons donc dans la phase de l'évaluation des risques, domaine propre à l'application du principe de précaution tel qu'il a été exposé précédemment.

69. En ce qui concerne la deuxième interrogation portant sur l'effet paralysant des décisions prises par les tribunaux supérieurs de justice en vertu du principe de précaution, on ne peut analyser cette problématique qu'à la lumière des décisions de justice ayant appliqué, dans les faits, le principe de précaution. Signalons à cet égard que dans l'affaire Castilla, la Cour suprême confirme la décision de la Cour d'appel de laisser sans effet la décision administrative qualifiant l'activité de « gênante » par la décision n°578 du 15 février 2011 en raison de sa non-conformité avec l'Ordonnance générale

[1585] 1er considérant.

d'urbanisme et de construction (article 4.14.2), la loi 19 300 (article 1), la garantie constitutionnelle inscrite à l'article 19, point n°8 de la Charte fondamentale et le principe de prévention qui « inspire » le système de protection environnementale[1586]. Cette décision a donc un effet paralysant, dans la mesure où la décision du Secrétariat ministériel de la santé autorisant le développement de l'activité industrielle est laissée sans effet.

Figure N°4 : Principe de précaution dans la jurisprudence

	Castilla	Dunes de Concón	Río Cuervo	El Morro	Bocamina
Invoque le principe de prévention et applique le principe de précaution	**X**	**X**	**X**		
Invoque le principe de précaution et applique le principe de prévention				**X**	
Invoque et applique le p. de prévention					**X**
Fonde la décision sur le principe de précaution et	**oui**	**oui**	**oui**		

[1586] Cinquante et unième considérant.

paralyse le développement

70. Au vu des éléments analysés, on peut conclure pour répondre à la deuxième problématique formulée dans cette section que dans les affaires examinées, l'application du principe de précaution a bel et bien eu un effet paralysant.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION AU CHILI. LE CAS DES ANTENNES-RELAIS DE TÉLÉPHONIE MOBILE

Mauricio Tapia R.[1587]

1. Au Chili, en matière de responsabilité civile, la discussion sur le principe de précaution –et en particulier en ce qui concerne les antennes-relais- a une importance toute particulière dans la mesure où celle-ci permet de discerner les limites des risques connus et qui doivent donc être prévenus (ce qui est, convenons-en, un des objectifs de la responsabilité), de ceux qui, bien qu'incertains, sont d'une exceptionnelle gravité et dont il est nécessaire d'aborder le régime[1588]. Ces "ultra-risques" comme les appellerait le doyen Carbonnier[1589], posent une double question comme l'a bien souligné le professeur Mathilde Boutonnet dans ses travaux[1590]. D'une part, il n'est pas certain que le dommage causé par l'infraction au principe de précaution soit indemnisable. De l'autre, il n'est pas clair non plus que le risque incertain puisse être prévenu au travers des instruments de la responsabilité civile.

2. Ce qui est certain, c'est qu'au Chili en matière d'indemnisation, le principe de précaution n'a jusqu'à présent qu'une portée très limitée, voire même inexistante, puisque le droit chilien -par directe inspiration du droit français- adhère à la trilogie classique des conditions de la responsabilité : la faute, la causalité et le dommage. Or, il est évident que deux de ces éléments sont difficilement réunis à

[1587] Professeur de droit civil de l'Université du Chili (mtapia@derecho.uchile.cl).

[1588] Pour un exposé abordable et intéressant du principe de précaution, mais qui est plus orienté vers le droit public: Moya Marchi, Francisca, *El principio de precaución*, Santiago, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 325. Pour une analyse orientée vers la régulation comparée : Bravo Söhrens, Sebastián y Menares Núñez, Fabiola, *Estado democrático de derecho e incertidumbre científica. Principio precautorio a nivel internacional y su posible aplicación en el derecho chileno*, Santiago, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, pp. 108.

[1589] Carbonnier Jean, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, T. II, Paris, Quadrigue/PUF, 2004, p. 2264.

[1590] En particulier: Boutonnet, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005; et plus récemment « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », Dalloz, 2010, chr., pp. 2662-2670.

l'occasion de dommages causés par des infractions au principe de précaution. En premier lieu, la **faute** (qui reste au Chili le principal critère d'attribution de responsabilité) peut difficilement être établie dans la mesure où la jurisprudence nationale la définit comme « une possibilité de prévoir ce qui n'a pas été prévu »[1591]. Or, ce qui caractérise précisément l'hypothèse du principe de précaution c'est que les risques ne peuvent être qu'incertains, échappant de ce fait aux prévisions d'une personne prudente. De même, il est difficile d'établir la **causalité**, puisque celle-ci s'établit également en rapport avec la prévisibilité. D'autant plus que l'incertitude scientifique -qui est un de ses éléments constitutifs- rend l'origine du dommage encore moins déterminable[1592].

3. Par conséquent, nous verrons qu'en droit chilien il est possible de dégager deux conclusions en matière de principe de précaution et d'indemnisation. D'une part, la jurisprudence utilise fréquemment les règles de la responsabilité civile pour sanctionner les conduites qui occasionnent des dommages prévisibles, mais elle exclut les cas où les risques sont incertains. Toutefois, un récent arrêt de Cour d'Appel relatif à l'usage de l'amiante –qui n'a malheureusement pas pu être confirmé par la Cour Suprême car les parties sont arrivées à un accord en janvier dernier (22 janvier 2015)- propose une intéressante évolution. D'autre part, le refus d'indemniser les risques incertains a été récemment confirmé par une loi versant sur la responsabilité publique en matière sanitaire, qui exclut expressément la responsabilité en cas de risques appelés « de développement ».

4. En ce qui concerne la **prévention** des dommages causés par des risques incertains, le droit chilien a également connu quelques évolutions législatives et jurisprudentielles récentes. S'il est vrai que le droit de l'environnement reste focalisé sur la réparation des dommages civils et environnementaux avérés et ne reconnaît pas vraiment la prévention, la jurisprudence, par le biais de l'utilisation des actions d'urgence, a eu l'occasion d'intervenir –bien que très exceptionnellement- pour empêcher la mise en œuvre de décisions qui généraient des risques incertains. Certaines de ces interventions jurisprudentielles concernent précisément le problème des antennes de téléphonie mobile qui nous convoque aujourd'hui.

[1591] Cours Suprême, 29 mars 1962, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LIX, sec. 4ª, p. 21

[1592] Sur ces éléments de la responsabilité civile au Chili : Tapia Rodriguez, Mauricio, « Ciento Cincuenta años de responsabilidad extracontractual en Chile, *in Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 41-75.

Nous devons cependant préciser dès maintenant, qu'au Chili il n'existe pas d'action civile d'urgence efficace, raison pour laquelle ces cas arrivent au Tribunal par le biais d'une action constitutionnelle appelée « recurso de protección ». C'est par ailleurs cette même action qui a permis au droit chilien de tracer quelques critères –bien qu'encore très préliminaires- relatifs aux troubles de voisinage. En effet, la seule action civile d'urgence prévue par notre droit n'est guère utilisée en pratique, en raison des conditions qu'elle requiert et des difficultés de procédure qui lui sont propres. Par ailleurs, une réforme récente du droit positif chilien en matière de régulation des installations des antennes de téléphonie mobile, fondée explicitement sur le principe de précaution pourrait éventuellement renforcer les instruments de prévention mis à disposition de la jurisprudence, bien que, comme nous le verrons par la suite, sa portée reste limitée. Toutefois, le contentieux dans lequel la prévention de risques incertains a été exceptionnellement acceptée (dans les cas de téléphonie mobile), semble plutôt se baser sur des infractions réglementaires de nature administrative que sur le respect de la santé publique ou de l'environnement.

5. Par conséquent, dans cet exposé relatif au droit chilien, nous verrons dans une première partie, l'absence d'influence du principe de précaution en matière d'indemnisation **(I.)**, puis la naissante influence de ce principe en matière de prévention des dommages **(II.).**

I. L'absence d'influence du principe de précaution en matière d'indemnisation

6. Le Code Civil chilien contient une règle générale très large de responsabilité civile par négligence (articles 2314 et suivants). Andrés Bello, se refusant à écarter les références espagnoles des sources du Code, a affirmé que pour rédiger les articles 2314 et suivants du Code Civil, il a eu à l'esprit les dispositions des « Siete Partidas ». Mais en cette matière, les « Partidas » étaient casuistiques, tout comme le droit romain qui les inspiraient. Dès lors, en réalité la véritable inspiration des règles du Code Civil chilien a bien été le Code Napoléon. De ce fait, la rédaction de ces dispositions, l'application qu'en a fait la jurisprudence ainsi que la doctrine qui leur est relative, ont suivi une évolution qui reste très

proche du droit français[1593]. Par conséquent, en France comme au Chili, les notions de faute et de causalité sont dans une certaine mesure des obstacles à la reconnaissance des dommages générés par des risques incertains, enfreignant de ce fait le principe de précaution. Le regretté professeur de droit civil de l'Université du Chili, Gonzalo Figueroa Yañez, l'avait très tôt averti[1594].

7. Néanmoins, ceci n'empêche évidemment pas les tribunaux d'allouer des indemnisations de dommages lorsque ceux-ci sont certains (et prévisibles), tout en affirmant que lorsqu'il s'agit de risques « de développement » (incertains), aucune indemnisation n'est envisageable. Nous examinerons également un cas récent qui apporte des éléments intéressants en ce qui concerne les limites entre les dommages certains et incertains **(A).** D'autre part, une réforme relativement récente en matière de responsabilité médicale des organes publics a renforcé l'exclusion de la responsabilité de l'Etat pour ce qui est des risques incertains, en l'abordant comme une cause exonératoire de responsabilité **(B).**

A. La jurisprudence relative à l'indemnisation en matière de risques certains et incertains

8. Au Chili, la faute civile s'apprécie *in abstracto*, conformément au paramètre général de comportement du « bon père de famille » (article 44 du Code Civil). De ce fait, la jurisprudence évalue la prévisibilité des dommages (surtout en terme de probabilités) sur la base de paramètres abstraits. Dans ce contexte, il est évident que toute action qui ne prenne pas en compte la prévention de dommages prévisibles doit faire l'objet d'une indemnisation. C'est toute la différence entre la prévention et la précaution, puisqu'il s'agit ici de risques certains, c'est-à-dire ceux dont on sait par expérience, qu'ils sont normalement susceptibles de se produire suite à certaines conduites déterminées. Les cas sont nombreux bien évidemment, mais j'en ai choisi deux en particulier qui, de mon point de vue, sont plus à même d'illustrer les frontières entre les risques certains et les risques incertains en droit chilien.

[1593] Pour une révision des liens historiques qui unissent le droit civil français et chilien : Tapia Rodriguez, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
[1594] Figuero Yáñez, Gonzalo, « El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil », in *Temas de Responsabilidad Civil*, *Cuadernos de Análisis Jurídico I*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales (Santiago), 2004, pp. 65-73.

9. Le premier cas auquel je ferai référence concerne la responsabilité médicale. Il montre très explicitement la négation de l'indemnisation des risques qui iraient au-delà des risques connus par la science et la technique au moment de la réalisation des faits (question qui est précisément au centre de la discussion relative aux « risques de développement »). Comme je l'ai déjà signalé, cette solution jurisprudentielle a par ailleurs été confirmée par une loi applicable à l'administration hospitalière publique.

Il s'agit donc d'un arrêt de 2002, où les juges ont exclu la responsabilité d'une équipe de médecins qui avait utilisé un instrument électronique dans la cavité abdominale d'une patiente afin de tenir l'intestin pendant qu'ils réalisaient une chirurgie vaginale. L'instrument en question s'est spontanément activé, ce qui a provoqué une péritonite bactérienne chez la patiente, qui est finalement morte des suites de ces complications. La Cour a signalé à cette occasion qu'à l'époque des faits, cette manœuvre chirurgicale était acceptée et normalement utilisée dans ce type d'interventions, n'ayant été déconseillée par la praxis médicale que postérieurement[1595]. En d'autres termes, cet arrêt considère que les dommages causés à la patiente allaient au-delà des prévisions exigibles aux médecins, par conséquent, ils ne pouvaient être déclarés responsables de risques méconnus à l'époque des faits.

10. Le deuxième cas auquel je ferai référence approche de plus près les enjeux qui sont propre au principe de précaution. Il s'agit d'un des premiers arrêts relatifs à l'asbestose (maladie causée par l'amiante), mais qui n'a pu être confirmé par la Cour Suprême car les parties sont arrivées à un accord le 22 janvier 2015[1596]. Il s'agissait d'un homme qui avait habité de 1974 à 1985 dans une zone urbaine voisine d'une usine de production de toits en fibrociment contenant de l'amiante. Du fait de cette exposition prolongée à l'amiante, il développa un mésothéliome pleural qui lui fut diagnostiqué en 2005, et qui lui provoqua finalement la mort.

Dans ce cas, la Cour a proposé d'intéressantes appréciations sur le caractère supposé « prévisible » des dommages causés par cette activité industrielle. Elle a en outre considéré que l'entreprise a prouvé avoir pris des mesures de prévention à l'égard de ses travailleurs et de leur lieu de travail, mais pas à l'égard des familles qui habitaient autour de l'usine. Par ailleurs, elle signala que bien qu'au Chili l'amiante n'ait été

[1595] Cour d'Appel de Copiapó, 25 mars 2002 –il n'y a pas eu de recours en cassation-, Gaceta Jurídica N° 265, 2002, p. 127 et s.
[1596] Cour d'Appel de Santiago, 19 novembre 2013, rol 3248-2011.

interdite qu'en 2001, les effets nocifs de ce produit sur la santé étaient connus depuis 1968. De ce fait, la Cour a statué que la « responsabilité sociale de l'entreprise » doit s'étendre également « à l'environnement et à la santé humaine ». L'arrêt accorde à la victime une indemnisation très élevée (USD $700.000 environ), mais avec la dissidence d'un des juges intégrant la chambre, qui, s'appuyant sur la doctrine nationale en la matière, a soutenu qu'en l'espèce les dommages n'étaient pas « prévisibles », car à l'époque des faits « les propriétés que la science attribue aujourd'hui de manière générale à l'amiante n'étaient pas considérées comme avérées ». Comme je l'ai déjà dit, les parties sont arrivées à un accord devant la Cour Suprême le 22 janvier 2015, dans lequel la défenderesse « ne reconnaît aucune responsabilité juridique sur les pathologies qui ont motivé ce litige, dans la mesure où elle a agi à tout moment de manière extrêmement diligente dans le respect du cadre normatif en vigueur ». Néanmoins l'entreprise a tout de même versé USD $ 70.000 d'indemnisation à la famille de la victime, ainsi qu'à d'autres victimes qui l'avaient également assignée. En outre, elle a mis en œuvre une procédure pour indemniser d'éventuelles futures victimes du même dommage.

En dépit de cette solution jurisprudentielle récente, une importante réforme législative se prononce directement sur le caractère non indemnisable des risques « de développement » en matière de responsabilité publique de l'administration.

B. La Loi « Auge » (Nº19.966) et le risque « de développement » comme cause exonératoire de responsabilité

11. Au Chili la responsabilité civile médicale des organes publics et institutions privées a été, jusqu'à présent, régie dans son ensemble par les dispositions relatives à la responsabilité civile de droit commun. Dans la mesure où il n'existe pas de juridiction administrative spéciale, les cas de responsabilité médicale dans le secteur public reviennent aux tribunaux civils, qui en règle générale statuent en faisant expressément référence au Code Civil. La loi qui régule l'administration de l'Etat ne fait mention que de la « falta de servicio », que nous pourrions traduire comme une faute de service. Par conséquent, en l'absence d'un cadre normatif spécial, la jurisprudence fait appel aux normes et critères du droit civil.

12. Cependant, la loi dite « Auge » (Nº19.966) de 2004, relative aux garanties de santé dont jouissent tous les citoyens, a introduit des dispositions applicables à la responsabilité de l'Etat pour faute de service en matière sanitaire. En particulier, son article 41 alinéa 2º dispose que : « Les dommages causés par des faits ou circonstances qui ne pouvaient être prévus ou évités par l'état de la science ou de la technologie au moment où ceux-ci se sont déroulés, ne sont pas indemnisables ».

13. Cette disposition inspirée de la législation espagnole exclut de la réparation les dommages imprévisibles causés par les « risques de développement »[1597]. Elle n'a été que peu commentée, mais la rare doctrine qui y fait référence considère qu'il s'agit bien d'une cause exonératoire de responsabilité spéciale, dans la mesure où elle ne répond pas aux critères relatifs au cas fortuit (imprévisibilité et irrésistibilité) qui dans notre droit a une définition légale (article 45 du Code Civil), très proche de la définition qu'en fait la jurisprudence française[1598].

14. Le débat législatif sur la Loi « Auge » n'apporte aucune précision sur les raisons qui ont motivé cette disposition. En outre, il n'est pas clair si elle était destinée aux affaires de « sang contaminé » ou si elle a vocation à s'appliquer à tout risque thérapeutique. De fait, sa rédaction exclurait les infections nosocomiales de la responsabilité de l'Etat, ce qui contredit de nombreux arrêts de la Cour Suprême qui ont condamné des services publics à indemniser les dommages causés par ces pathologies[1599]. Malheureusement, nous ne comptons pas pour le moment sur des arrêts de Cours d'Appel ou de la Cour Suprême relatifs à cette disposition. Ceci est probablement dû au fait que la Loi

[1597] Sur la ressemblance de cette disposition avec la législation espagnole : Urrutia Mendoza, Sebastián, « La exclusión de responsabilidad sanitaria por los riesgos del desarrollo en la Ley Nº19.966 », in Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V, Jornadas nacionales de derecho civil, Concepción 2009,* Santiago, LegalPublishing, 2010, pp. 777-787.

[1598] Sur le caractère exonératoire de responsabilité : Pizarro Wilson, Carlos, « Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud », in *Responsabilidad médica*, *Cuadernos de Análisis Jurídico VI*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales (Santiago), 2010, pp.187-198.

[1599] Je fais référence aux arrêts de la Cour Suprême du 24 janvier 2004 et du 30 avril 2003, que j'ai commenté dans : « Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales », Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia), vol. XV, décembre 2003, pp. 75-111

« Auge » a introduit un système de médiation obligatoire qui promeut les accords et parfois aussi, retarde la judiciarisation de ces accidents médicaux.

En somme, nous sommes bien obligés de reconnaître que l'impact du principe de précaution en matière d'indemnisation de préjudice reste considérablement limité au Chili, tant par la jurisprudence comme par la cause exonératoire spéciale de responsabilité introduite par la Loi « Auge ». Toutefois, la situation change en ce qui concerne la prévention des dommages, que nous aborderons ci-dessous.

II. La naissante influence du principe de précaution en matière de prévention des risques

15. Le droit chilien souffre d'un problème grave qui -pour beaucoup d'entre nous- il est urgent de résoudre : nous n'avons pas d'actions civiles d'urgence efficace. Dès lors, dans la mesure où il n'existe pas de mécanismes civils adéquats pour prévenir des dommages futurs et imminents, la pratique nationale a recours à une action constitutionnelle d'urgence, el « recurso de protección » qui a pour vraie vocation la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Il est vrai que ces actions constitutionnelles permettent une rapide intervention des Cours d'Appel au travers des « órdenes de no innovar », qui obligent le défendeur à suspendre immédiatement les agissements qui enfreignent les dispositions constitutionnelles. Cependant, l'usage abusif de cette procédure a eu comme effet de faire glisser un nombre considérable de contentieux civils au domaine constitutionnel, ce qui a appauvri l'argumentation propre du droit civil, d'habitude si riche. Ceci a permis d'ailleurs à un auteur national d'affirmer –à juste titre- que la pratique chilienne en matière d'actions d'urgence est minée par une argumentation archaïque, car les conflits les plus subtils sont fatalement réduits à l'infraction de principes constitutionnels très généraux comme le droit à la vie, le droit à la santé, etc.[1600]. De plus, les conditions de recevabilité de ce recours rendent son utilisation encore plus difficile. Tout ceci, bien évidemment, limite d'autant plus les possibilités d'obtenir par cette voie des mesures préventives justifiées par le principe de précaution.

[1600] Peña González, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, p. 154.

16. L'objectif de cet exposé est la révision de l'état du droit civil en ce qui concerne le principe de précaution. Par conséquent, nous n'aborderons pas ici les aspects procéduraux de ces recours sous le prisme du principe de précaution, ni les insuffisances de l'action constitutionnelle appelée « recurso de protección » (et en particulier la restriction qu'implique la notion de « menace » des droits comme condition à sa recevabilité). Nous n'aborderons pas non plus les insuffisances des instruments classiques -bien que peu utilisés- du Code Civil comme l'action civile préventive (qui concerne en général des dommages certains et exige leur prévisibilité), ni les plaintes ou actions possessoires (dont l'objet est très spécifique et qui exigent aussi un certain degré de certitude). En outre, je n'aborderai pas les conflits environnementaux récents où de grands projets miniers ou thermoélectriques ont été paralysés par la justice (comme Pascua Lama ou Barrancones par exemple[1601]). Toutefois, ces projets présentaient des risques de dommages certains, par conséquent la discussion ne s'est pas centrée sur les risques incertains qui leurs étaient associés. Ce qui est surprenant, c'est qu'ils avaient toutes les autorisations environnementales nécessaires. Le problème était qu'elles avaient été mal concédées, en infraction au cadre normatif en vigueur. Dans tous les cas, il s'agit d'une grave déficience de l'ordre juridique environnemental chilien, qui bien qu'en voie d'amélioration (en particulier avec la récente création des Tribunaux Environnementaux[1602]), n'offre jusqu'à présent guère d'autre alternative que de recourir aux tribunaux ordinaires qui essaient de résoudre ces affaires avec des outils assez précaires. C'est le cas de l'arrêt récent relatif au désastre environnemental du Río Cruces (Valdivia), pollué par l'entreprise de cellulose Celco, qui a provoqué la mort massive de cygnes habitant cette rivière et de graves dommages dans l'ensemble de cet écosystème. À cette occasion, la Cour a ordonné en particulier, d'intéressantes mesures de mitigation[1603]. Il est cependant indéniable que la législation environnementale est orientée vers la réparation de dommages environnementaux et civils (régis par le droit commun par renvoi explicite de loi environnementale), mais elle ne dispose pas d'instruments adéquats de prévention de dommages certains et incertains (d'ailleurs, les conflits concernant la prévention de dommages

[1601] Pour une révision de plusieurs cas récents : Urrutia Silva, Osvaldo, « Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del medio ambiente », Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er semestre), pp. 475-507.
[1602] Je fais référence ici à la Loi Nº20.600, du 28 de juin 2012, qui a crée les Tribunaux Environnementaux.
[1603] J.C. de Valdivia, 27 juillet 2013, rol Nº746-2005.

environnementaux sont également résolus, en règle générale, via l'action constitutionnelle d'urgence que nous avons déjà évoqué)[1604]. Par conséquent, dans cette seconde partie je n'aborderai que deux questions intéressant le droit civil commun et le principe de précaution : d'une part, j'évoquerai l'application très limitée du principe de précaution à des fins préventives en matière d'installation d'antennes téléphoniques **(A).** Ensuite, je ferai référence à certains aspects d'une nouvelle loi en la matière, qui s'est fondée expressément sur le principe de précaution **(B).**

A. La jurisprudence en matière d'installation d'antennes de téléphonie mobile (une application très limitée)

17. L'installation d'antennes de téléphonie mobile dans des zones urbaines est actuellement au centre de la discussion relative au principe de précaution, dans la mesure où les éventuels effets des ondes électromagnétiques sur la santé humaine sont pour le moment incertains (contrairement à l'évidente dégradation du paysage qu'elles provoquent, qui elle, est certaine).

Comme nous l'avons déjà signalé, ces questions sont abordées au Chili au travers de l'action constitutionnelle d'urgence appelée « recurso de protección », puisqu'il n'y a pas d'action civile appropriée. C'est également à travers de ce recours que la jurisprudence nationale a pu esquisser quelques critères relatifs à la théorie des « troubles de voisinage », qui a une relation directe avec le sujet de cette exposition. En effet, nos tribunaux statuent ces affaires en appliquant, en règle générale, la théorie de l'abus de droit, confirmant que les dommages (les troubles) doivent être anormaux ou significatifs. De ce fait, aux yeux de notre jurisprudence, les troubles qui « sont les conséquences inhérentes de la propriété et du voisinage, et qui doivent donc généralement être supportés par les copropriétaires et voisins… » ne sont pas anormaux. En effet, elle signale qu'une « tolérance réciproque qui rende possible le développement rationnel de la vie et des activités de tous les intéressés » est nécessaire[1605].

[1604] En ce qui concerne les actions relatives au droit de l'environnement : Vidal Olivares, Álvaro, « Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable », in *Regímenes especiales de responsabilidad civil, Cuadernos de análisis jurídicos*, Colección Derecho Privado IV, Universidad Diego Portales (Santiago), 2008, pp. 191-210.

[1605] Cour Suprême, 4 mai 1983, Fallos del Mes, n°294, p. 162.

18. En ce qui concerne les antennes, la jurisprudence chilienne -toujours à travers le recours constitutionnel d'urgence- rejette les demandes de désinstallation de ces antennes, en se fondant sur un double argument. D'une part, il est considéré que ces antennes n'enfreignent aucunement la loi et font, de surplus, l'objet des autorisations administratives nécessaires. De l'autre, il n'y aurait pas d'évidence scientifique qui puisse prouver qu'elles nuisent effectivement à la santé humaine (ce serait par ailleurs une discussion qu'il faudrait tenir lors d'une procédure civile ordinaire, et pas à l'occasion d'une procédure d'urgence). Il existe de très nombreux arrêts en ce sens[1606].

Il est toutefois nécessaire d'évoquer deux arrêts qui, comme nous le verrons, apportent des solutions originales dans le concert national.

19. En premier lieu, dans une affaire sur laquelle la Cour d'Appel de Santiago a statué le 28 novembre 2009[1607], arrêt confirmé par la suite par la Cour Suprême le 13 avril 2010, une habitante du centre ville de Santiago a réclamé du fait de l'installation d'une antenne de téléphonie à quelques mètres de son appartement. Elle affirmait que celle-ci lui causait des troubles tant psychiques que physiques, l'empêchant de dormir à cause du bourdonnement qu'elle émettait. La Cour d'Appel a accueilli la pétition de la demanderesse et ordonna la désinstallation de l'antenne. La Cour appuya sa décision sur les conclusions d'un rapport médical qui confirmait les troubles invoqués en l'espèce, en dépit du fait que les évaluations réalisées par les autorités publiques donnaient des résultats tout à fait dans les normes. La Cour Suprême a confirmé cet arrêt, mais de manière tout à fait incompréhensible, elle a éliminé les arguments relatifs aux nuisances physiques et psychiques de la demanderesse (sans les remplacer par d'autres). La seule conclusion possible est que la Cour a considéré –implicitement- que lors de l'autorisation administrative, des erreurs avaient été commises, et en particulier, l'antenne n'avait pas été installée à l'endroit initialement indiqué par l'assemblée de copropriétaires de l'immeuble. En

[1606] Par exemple, Cour Suprême, 10 novembre 2009, rol 7.724-2009; Cour Suprême, 27 juillet 2012, rol 4980-2012; et Cour Suprême, 22 novembre 2012, rol 8258-2012.

[1607] Rol 1416-2009.

définitive, la Cour Suprême a motivé sa décision par les « erreurs administratives » et non pas par les nuisances à la santé publique et à l'environnement[1608].

20. Le deuxième cas que je voudrais évoquer a été statué par la Cour d'Appel de Rancagua le 3 décembre 2009, mais l'arrêt a été cassé par la Cour Suprême le 24 mai 2010[1609]. Il s'agissait d'une antenne située dans la très touristique ville de Santa Cruz. Une fondation qui administrait un musée de la ville, par la voie -encore une fois- du recours constitutionnel d'urgence, a demandé la désinstallation de l'antenne au motif des dommages qu'elle causait sur la santé humaine et sur l'environnement (en particulier d'un point de vue esthétique). La Cour d'Appel a statué en faveur de la fondation considérant que, même s'il existait une « faible probabilité» que cette antenne produise des dommages sur la santé humaine, ceci était suffisant pour accueillir la demande. Elle a ajouté en outre, que la pollution esthétique que produisait l'antenne portait préjudice à ce site éminemment touristique. La Cour Suprême a cassé l'arrêt en question au motif qu'il s'agirait en réalité d'une action populaire indirecte (les victimes n'étant pas identifiées) or, l'action constitutionnelle du « recurso de protección » exige un intérêt déterminé du demandeur (ce qui est un de ses inconvénients). Par ailleurs, la Cour a considéré qu'en l'espèce, l'information disponible relative aux éventuelles nuisances pour la santé des personnes, n'était pas concluante.

21. Au terme de cette analyse nous pouvons conclure que la jurisprudence chilienne, en ce qui concerne les antennes de téléphonie, est plutôt réticente à donner cours à des actions d'urgence fondées sur le principe de précaution. Le seul cas où le demandeur a obtenu gain de cause reste isolé, et s'est fondé comme nous l'avons vu sur les infractions administratives qui avaient été commises et non sur la protection de la santé publique. Par ailleurs, en ce qui concerne l'action civile préventive [1610] prévue dans le Code Civil, les conclusions ne sont pas meilleures. Elle est totalement inadaptée aux mesures

[1608] Pour un commentaire de cet arrêt : Durán Roubillard, « Antenas de telefonía celular. Derechos fundamentales y recurso de protección (sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, Corte Suprema) », Revista de Derecho Universidad Austral de Chile (Valdivia), Vol. XXIII - Nº 1 - Julio 2010, pp. 313-319.
[1609] Rol 9464-2009.
[1610] Pour une explication de cette catégorie de dommage : Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 357 y s.

d'urgence (c'est la raison pour laquelle dans la pratique elle n'est pas utilisée à cet effet), car elle exige l'existence d'une menace « certaine » d'un dommage. De plus, son rapport avec la faute civile fait d'elle une action extrêmement difficile à appliquer en la matière[1611]. Toutefois, la législation récente dans le domaine des antennes de téléphonie est un peu plus positive, mais pas trop non plus…

B. La Loi Nº20.599 (2012) sur l'installation des antennes de services de télécommunication

22. Au Chili, il y a environ 6.200 antennes, dont 2.900 se trouvent dans la Región Metropolitana. Suite à une très longue discussion au Parlement (5 ans tout de même), la Loi Nº20.599 (2012) a établi une procédure plus rigoureuse pour l'installation de ces antennes. En outre, elles doivent maintenant obtenir des autorisations urbanistiques lorsqu'elles dépassent les 12 mètres de haut, et elles ne peuvent plus être installées à proximité (pas à moins de 50 mètres) de certains établissements (écoles, hôpitaux, maisons de repos etc.). Tout bien considéré, il faut admettre que les restrictions restent timides.

23. Pendant la discussion parlementaire de cette loi, le principe de précaution a été maintes fois invoqué comme fondement des dispositions du projet. Ainsi, lors des débats, certains élus ont affirmé que « le principe de précaution s'applique lorsqu'il n'est pas démontré qu'une situation est inoffensive, mais qu'il n'y a pas non plus d'évidences du contraire » (l'élu en question cite des décisions publiques françaises)[1612]. En ce qui concerne la discussion particulière sur les antennes, le même élu a également déclaré que « la santé publique est protégée avec un critère de précaution et certaines distances minimales ont été établies, parce qu'il n'existe aucune garantie que ces antennes soient inoffensives, mais aucune certitude non plus qu'elles puissent nuire à la santé des personnes »[1613]. D'autres voix ont également tenté de se faire entendre -sans grand succès il faut l'admettre-, dénonçant l'insuffisance de la loi. Un autre élu déclara par exemple : « s'il existe un débat scientifique, adoptons

[1611] En ce sens : Cours d'Appel de Concepción, 25 janvier 2011, rol 317-2010.
[1612] Intervention du Sénateur Guido Girardi, Premier Rapport de la Commission des Transports, Histoire de la Loi Nº20.599, p. 285.
[1613] Intervention du Sénateur Guido Girardi, Rapport de la Commission Mixte, Histoire de la Loi Nº20.599, p. 905.

alors le principe de précaution : éloignons les antennes des zones urbaines densément peuplées afin de protéger la santé publique »[1614].

24. Comme le montre la discussion parlementaire, cette loi est loin d'avoir résolu le problème car, sauf quelques restrictions, elle permet encore l'existence et la construction de nouvelles antennes dans des espaces densément peuplés. La seule possibilité d'améliorer la situation actuelle, serait que la jurisprudence (qui pourrait le faire, comme nous l'avons montré) fasse une interprétation très stricte des conditions techniques d'installation ce qui pourrait donner lieu à un contentieux intéressant.

25. **Pour synthétiser,** les conclusions que nous pouvons dégager de cet exposé sur le principe de précaution et la responsabilité civile au Chili, sont assez limitées. En effet, nous avons d'un côté une jurisprudence et une loi dans le domaine sanitaire qui ont quasiment anéanti l'influence du principe de précaution en matière d'indemnisation (sauf l'affaire de l'amiante que nous avons évoqué), et de l'autre, une fonction préventive encore embryonnaire, à cause des défaillances procédurales et des incertitudes scientifiques associées à ces risques.

[1614] Intervention du Sénateur Alejandro Navarro, Discussion en Salle, Historia de la Loi Nº20.599, p. 792.

LES ACTIONS CIVILES ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Sebastián Ríos Labbé
Professeur de Droit civil
Universidad de Chile et Universidad Austral de Chile

1. Si la Justice est la finalité essentielle du régime de responsabilité civile – qui répare le dommage causé à autrui par une indemnité – sa fonction préventive l´est aussi depuis la nuit des temps. C'est ici qu'apparaît le concept de « optimum de prévention », qui recherche un équilibre entre les intérêts des différentes activités humaines : d'aucuns ont intérêt à conduire ces activités, mais il y a intérêt à éviter des accidents. L'idée est d'établir une règle aussi rigoureuse que possible pour que le coût total des accidents soit inférieur au bénéfice que l'on entend tirer de l'exercice de l'activité.

2. Le droit peut donc appliquer des mesures de prévention spéciale (réglementation d'activités à risque en imposant des autorisations préalables et des contrôles administratifs, en fixant des règles de fonctionnement – sécurité – ; **en interdisant l'activité à risque**) ou de prévention générale (en fonction du rapport coût/bénéfice entre la pratique de l'activité et le coût des indemnisations). Ce sont les mesures de prévention générale qui sont appliquées en droit civil. Cependant, comme nous l'avons vu tout au long des discussions d'hier et d'aujourd'hui, le principe de précaution dépasse ce champ : il ne s'agit pas d'évaluer la probabilité de la réalisation d'un risque, qui par hypothèse, pourrait se produire. Autrement dit, il s'agit véritablement d'un risque, dont la nature fait l'objet d'une certitude.

3. Les avancées considérables dans divers domaines économiques (notamment la production d'énergie, les communications, la production alimentaire, le développement de l'industrie pharmaceutique et de la médecine)[1615] ne vont pas toujours de pair avec l'évaluation des risques associés.

[1615] Voir, pour l'ensemble de ces domaines, Moya Marchi, Francisca _____

L'expérience a prouvé que ces dangers peuvent exister, et face à l'incertitude, le droit privilégie une approche conservatrice. Cette approche est encore plus conservatrice que celle de la détermination de l'optimum de prévention. En ce sens, l'optimum de prévention d'interdiction de l'activité rejoint le principe de précaution, mais, à nouveau, il s'agit ici d'éviter un risque existant et non pas de prévenir la réalisation de n'importe quel risque incertain.

4. Le droit (et le droit civil en particulier) comprend différents moyens, et particulièrement différentes actions, visant à éviter un dommage, c'est-à-dire, le prévenir. La problématique à laquelle il m'appartient de répondre est : ces actions à l'origine destinées à la prévention d'un dommage sont-elles des outils aptes à l'application pratique non seulement de la prévention, mais du principe même de précaution ? Un examen bref de ces actions (I) nous permettra de déterminer si elles peuvent ou non être utilisées dans ce but (II).

I. Recensement succinct des actions

5. Ces actions ont différentes sources. Comme nous verrons ci-après, certaines actions s'inscrivent dans le droit civil (A) et d'autres, plus récentes dans notre milieu, ont été développées sur la base du texte constitutionnel (B).

A. Actions de droit civil : les actions possessoires spéciales et l'action de responsabilité extracontractuelle sont en ce sens un terreau fertile pour l'analyse

6. En premier lieu, **deux ordonnances de restriction (ou actions) possessoires** : la dénonciation de nouvel œuvre et plus particulièrement la dénonciation d'un édifice menaçant ruine. Quiconque craignant qu'un édifice délabré lui cause un préjudice peut demander au juge que le bâtiment soit démoli ou réparé, en fonction de son état. La règle prévue par l'article 932 vise à prévenir un dommage dérivé d'un risque avéré. C'est donc précisément sur la base de cette hypothèse que le législateur choisit d'appliquer un régime de responsabilité stricte pour les préjudices causés par l'effondrement de l'édifice (article 934).

7. D'autres hypothèses de danger figurent à l'article 935 : d'autres constructions ou bien encore des arbres mal enracinés, etc. Les règles de prescription de ces actions sont particulièrement intéressantes : l'action est imprescriptible tant qu'il y a des raisons bien fondées de craindre un danger (art. 950) et même en l'absence de ce danger, la même règle s'applique aux travaux qui polluent l'air et le rendent assurément préjudiciable.

8. Il en va de même avec l'action de retrait d'un **objet menaçant de tomber du haut d'un édifice et de causer des dommages**, qui a un caractère d'action populaire (article 2328, alinéa 2).

9. C'est peut-être l'action **de dommage potentiel** qui se rapproche le plus de l'hypothèse de la précaution, de par la portée de ses termes. En effet, l'art. 2333 du Code civil établit une action pouvant être exercée par la où les personnes qui se voient menacées par un dommage potentiel.
L'article établit une distinction entre les cas où la menace de dommage concerne des personnes déterminées et les autres cas. La particularité du deuxième cas est qu'il confère une action populaire et dans ce cas, l'acteur sera compensé des dépens encourus dans l'action (mais comme le dommage que l'on craignait ne s'est pas produit, il n'est pas réparable) et est rémunéré pour son action si la loi prévoit cette rémunération.

10. La particularité de cette action est donc qu´elle est fondée sur le fait que le dommage, élément central de la mise en œuvre de la responsabilité civile, ne s'est pas produit, en revanche, on sait qu'il existe un risque que le dommage se produise. Il n´est pas nécessaire de commenter les autres éléments de la responsabilité civile, à l'exception du fait que le lien de causalité est précisément incertain dans la mesure où le résultat du fait volontaire ne s'est pas encore produit.

11. La doctrine la plus récente[1616] a qualifié ces actions d'actions spéciales, car elles ne prévoient pas d'indemnisation (dans la mesure où l'on ne connaît pas l'ampleur du dommage qui ne s'est

[1616] RODRIGUEZ G., Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 1999, p. 284 sqq.; CORRAL T., Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 2003, p. 355 sqq.; MOLINARI V., Aldo. « De la responsabilidad civil al derecho de daños. Tutela

pas encore produit) autre que l'indemnisation pour les dépenses encourues pour intenter l'action si la personne qui l'a intentée ne subit pas de préjudice. Notons surtout qu'il s'agit d'une action dont l'objet demandé n'est pas une somme d'argent : il s'agit au contraire d'empêcher ou de limiter un comportement d'autrui.

12. La particularité de cette action réside dans la procédure applicable. Comme il n'existe pas de règle spécifique à ce cas, on devrait appliquer la procédure ordinaire (un procès où prime un formalisme excessif et qui peut durer, dans la pratique, une décennie voire plus). Néanmoins, la doctrine a estimé que nous sommes précisément face à une hypothèse où la procédure « sommaire » des articles 680 et suivants du Code de procédure civile est applicable, dans la mesure où cette action requiert, pour être efficace, de célérité de traitement.[16171618]

13. En termes simples, il s'agit d'une procédure mixte, en partie orale et en partie écrite, régie par le principe de la concentration :

Une fois l'action en justice intentée, une audience est demandée dans les 5 jours.

De même, une protection anticipée peut être accordée si un accès provisionnel à l'action est demandé (la demande est reçue dans le cas où la partie défenderesse n'assiste pas à l'audience et si le tribunal estime qu'il y a un fondement plausible).[1619]

Ensuite, des preuves seront fournies ou non (délai de 8 jours).

Au terme de cette échéance (ou en l'absence d'échéance) le débat est clos et le juge doit prononcer sa décision.

Cependant, il est assez rare d'obtenir une mesure d'exécution anticipée, et la pratique montre que l'exercice de cette action est souvent extrêmement chronophage[1620], car ce type de procès examine la

---

preventiva civil » dans MARTINIC G., María Dora, *Nuevas tendencias del derecho.* Santiago, LexisNexis, 2004, p. 185 sqq.; et BARROS B. Enrique, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ère éd. 2006, p. 874 sqq.

[1617] « La procédure sur laquelle porte ce Titre sera appliquée à défaut d'une autre règle spéciale aux cas où l'action déduite demande, en raison de sa nature, un traitement rapide et efficace ».

[1618] BARROS, op. cit. p. 874.

[1619] Art. 684.

[1620] « Cela n'assure pas l'urgence nécessaire » Barros, *op. et loc cit*.

pertinence de recours d'appel et de cassation devant la Cour Suprême. En cas de recours, le procès peut, selon le lieu où il a été initié, durer environ entre deux et cinq ans.

B. Actions de la constitution : l'action de protection

14. C'est peut-être dans le domaine constitutionnel que nous trouverons un outil apte à l'application du principe de précaution. L'action (erronément appelée recours) de protection, connue dans d'autres pays comme l'action en *amparo*, est une action constitutionnelle dont le but est de mettre en marche un véritable « pouvoir préventif général » pour éviter la violation de certaines garanties constitutionnelles.

15. Dans notre ordonnancement, sa pertinence découle des conditions d'exercice exigées dans l'article 20 de la constitution. Il faut essentiellement :

1. Invoquer une garantie constitutionnelle protégée et prévue dans le catalogue de droits de cet article 20

2. Cette garantie doit faire l'objet d'une infraction sous forme de privation (c'est-à-dire subir une violation totale ou partielle du droit en question), de perturbation (c'est-à-dire une atteinte au libre exercice de ce droit) ou bien encore – et surtout – de menace du droit (ce qui a été interprété comme la promesse d'un mal futur)

3. Cette infraction doit venir d'un acte ou d'une omission arbitraire ou illégale (s'il s'agit d'un dommage à l'environnement, il doit s'agir d'un acte illégal).

16. L'avantage principal de la procédure d'une action de protection réside dans son manque de formalité (on peut même intenter cette action par téléphone) et dans sa brièveté. Le juge doit tout simplement informer la partie dont l'acte ou l'omission illégale ou arbitraire a été dénoncé par la partie requérante pour rendre sa décision. On peut même, dès le dépôt du recours, demander l'adoption des « ordres de ne pas innover » qui permettent d'adopter des mesures correctives (ou le cas échéant, des mesures préventives ou de précaution) dès le début de la procédure. Dans sa décision, le juge peut prendre toutes les mesures nécessaires pour « rétablir la primauté du droit et protéger dûment la personne concernée », dont, bien entendu, le retrait ou la démolition de constructions ou d'autres biens matériels.

17. Parmi ses inconvénients, on peut citer que comme il s'agit d'une action urgente, le délai pour la présenter est assez court : 30 jours depuis l'accomplissement de l'acte ou l'omission, même si dans plusieurs cas, on a décidé que ce délai ne s'appliquait pas aux infractions permanentes dans la durée.

18. Il convient donc d'examiner comment ces actions pourraient s'articuler dans le principe de précaution.

II. Les actions à la lumière du principe de précaution

19. Nous devons en premier lieu nous demander si les actions vont au-delà de la prévention (A), ce qui nous conduira à nous interroger sur la pertinence de les faire aller plus loin et par quelle voie (B).

A. Ces actions dépassent-elles la prévention ?

20. Il convient de se demander si ces actions coïncident avec le principe de précaution, afin de les utiliser dans le but de mettre ce principe en pratique. Cette problématique sera analysée à la lumière des conditions d'exercice de l'action et de ses effets.

21. Les actions même, aussi bien l'action visée par l'article 2333 que l'action de protection ne cherchent pas à indemniser les victimes, mais à éviter la production du dommage. Par conséquent, cette action rejoint le principe de protection en ce qui concerne son objectif ou objet demandé : il conviendra de réaliser des actions pour éviter que le dommage ne se produise, ce qui peut conduire à l'interdiction, par le juge, de l'accomplissement d'une activité concrète. En effet, la doctrine signale que « les mesures de prévention ne sont pas typifiées dans la loi et qu'elles revêtiront de multiples formes en fonction de la nature du dommage et de la manière dont il menace la victime »[1621]. Cependant, on observe une incohérence avec le principe de précaution dans les conditions ou critères de l'action.

[1621] CORRAL, op. cit., p. 362.

22. L'analyse des actions civiles et constitutionnelles montre que même dans l'hypothèse d'un dommage potentiel, ces actions ne peuvent pas être intentées en l'absence d'un danger certain. En d'autres termes, pour qu'une action soit intentée, il faut qu'il y ait une situation de risque, une situation d'incertitude ne suffit pas.

23. S'agissant d'actions possessoires ou de chute d'objets placés en hauteur, nous sommes assurément face à de la prévention : on sait à l'avance que ces activités entraînent un risque, il y a une probabilité certaine et mesurable que l'activité puisse causer un dommage. Même au-delà des probabilités (car la faute n'est pas un jugement probabiliste), la loi même a établi un standard – assez élevé – de précaution.

24. C'est en matière de dommages potentiels que l'on peut se demander plus sérieusement si l'on va plus loin : la doctrine signale que pour qu'ils s'appliquent, les conditions de la responsabilité doivent être réunies : le fait qui constitue la menace, le caractère illicite du comportement (la faute) qui consistera normalement en une omission de l'action ; le lien de causalité (entre la menace et le dommage) et le dommage potentiel (de quoi s'agit-il ?).

25. C'est sur ces deux derniers critères que l'on s'achoppe à des problèmes. En marge de la définition classique – et rudimentaire – donnée par le Doyen Alessandri (un dommage potentiel est un dommage qui peut survenir ou non)[1622], on constate des opinions dissidentes dans la doctrine. Le professeur Pablo Rodriguez a signalé que ce concept « représente une probabilité raisonnable et concrète que [la lésion] survienne »[1623], « se satisfait par la seule ***possibilité rationnelle*** de la perte, la perturbation ou l'entrave d'un droit subjectif ou d'un intérêt légitimé par l'ordonnancement juridique »[1624]. Cet auteur va même plus loin, en soulignant que la norme « est très large et énonce une ***règle générale*** qui permet

[1622] Alessandri R., Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, editorial jurídica, 2ème éd., 1983, Nº 142, p. 218
[1623] RODRIGUEZ G., Pablo, *op. cit.,* p. 285
[1624] *Ibid.* p. 288.

d'inclure à sa réglementation tous les cas où il existe une ***situation de danger*** pouvant ***menacer la production d'un dommage réparable*** »[1625].

26. Cependant, peu après la publication de ces affirmations, le professeur Hernán Corral a assuré qu' « il ne suffit pas que le dommage soit simplement hypothétique ou possible, il est nécessaire qu'il soit plus que probable.[1626] Il ne suffit pas qu'il y ait un simple risque qu'un dommage ou une situation de danger général se produise »[1627]. Pour sa part, le professeur Barros parle d'un danger dont la gravité est qualifiée par un juge et qui constitue une question de fait. Ainsi, il est indéniable que nous sommes en deçà du principe de précaution : la certitude de ce risque est nécessaire, et ce risque doit être distinct des risques auxquels nous sommes habituellement exposés dans la société.[1628] C'est ce qui a été proposé récemment par une décision de la Cour d'appel de Concepción.[1629] Il en va de même pour le critère de la « menace » exigé par les règles du recours de protection. En effet, la doctrine a signalé que la menace est une « imminence claire et avérée que si l'on n'adopte pas de mesures préventives, le dommage se produira assurément »[1630] ou bien que la certitude doit être « certaine et non illusoire (…), précise et non vague, de sorte que le juge soit à même de déterminer si elle est illicite ou non »[1631].

[1625] *Ibid*, p. 285, les caractères gras ne figurent pas dans le texte original.
[1626] Cette affirmation du professeur CORRAL est pour le moins curieuse : ce qui est possible n'admet pas plus ou moins de certitude. Le « possible » est ce qui peut arriver, quelles que soient les probabilités que cela se produise ou non. Il ne peut donc pas y avoir quelque chose de « plus » ou « moins » possible. Soit l'évènement est possible, soit il est impossible. Pour sa part, ce qui est probable peut en revanche être quantifié. Le pourcentage de probabilités que quelque chose (par hypothèse, possible) se produise peut être plus ou moins élevé, on parle donc d'un évènement « très probable » ou « plutôt improbable » ou bien encore « fort probable », mais un évènement « plus que probable » est un évènement qui exige que sa survenance soit plus qu'une probabilité, soit, une certitude, auquel cas l'article 2333 serait totalement inofficieux. Cette conclusion se voit même confirmée si l'on utilise la notion de « probable » donnée par le Dictionnaire Real Academia Española « *Que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá »* (NdT : cf. Centre National de ressources textuelles et lexicales : « *Qu'il est raisonnable de supposer, de conjecturer, de prévoir; qui a beaucoup de chances de se produire.* »)
[1627] CORRAL, p. 357.
[1628] Barros, p. 874
[1629] C. Concepción, 25 janvier 2011, CL/JUR/6204/2011. C. 5º al 10º
[1630] Ibid.
[1631] SOTO K., Eduardo. *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 85.

27. Cela dit, l'avantage de l'action de protection sur l'action préventive est évident du point de vue des preuves (cette dernière n'exige pas de faute).

B. Vers le principe de précaution

28. Il sied de se demander si l'on peut flexibiliser l'utilisation de ces actions ou si une intervention législative sera nécessaire. En effet, dans notre ordonnancement, l'article 19, n° 21 de la Constitution énonce : « la Constitution garantit à toutes les personnes…
21. Le droit d'entreprendre n'importe quelle activité économique qui ne soit pas contraire à la morale, à l'ordre public ou à la sécurité nationale, dans le respect des normes juridiques la concernant »
Il conviendrait donc que la loi prenne la relève de ces comportements.

29. Pour sa part, en termes de prospection, le projet de code de procédure prévoit la dite « mesure de précaution innovatrice » dans les termes suivants :
« Art. 188. Face à l'imminence d'un préjudice irréparable, le juge pourra, à la demande d'une partie, prendre des mesures destinées à renverser un état de fait ou de droit préexistant totalement ou partiellement à la demande.
La mesure de protection innovatrice sera décrétée de manière exceptionnelle lorsque le danger de préjudice irréparable ne pourra être protégé par l'octroi d'une mesure de précaution conservatrice »

30. Les insuffisances de ce moyen de protection sont évidentes. En premier lieu, il exige un préjudice irréparable, ce qui a trait en partie au principe de précaution[1632], mais exige l'existence d'un « danger » qui ne peut être interprété que comme l'existence d'un risque, comme condition d'octroi. Cette mesure, qui aurait précisément pu servir de contrôle procédural de l'exercice de l'action de l'article 2333 du Code civil ne permettrait pas, du moins sous sa forme actuelle, d'appliquer le principe de précaution (malheureusement, elle serait également insuffisante en matière de prévention, car elle ne couvrirait pas les préjudices réparables).

[1632] Il est regrettable, au-delà de son lien avec le principe de précaution, que cette action ne puisse être accordée qu'en cas de préjudice irréparable.

31. De manière plus générale, en ce qui concerne les actions civiles, nous pouvons identifier clairement un « no man's land »… D'une part, on exige que pour **la réparation** du dommage, le préjudice doit être effectif (présent ou futur,) et non pas simplement hypothétique ou éventuel (de sorte que la réparation d'un dommage incertain est impossible, d'autant plus que le dommage est la mesure de la réparation), mais d'autre part, pour adopter des mesures de nature à **éviter un dommage**, on exige qu'il soit potentiel. Pourrions-nous trouver ici un terreau fertile pour l'élaboration jurisprudentielle d'une règle permettant d'éviter des dommages qui peuvent se produire ou non ? Assurément, il reviendra à la jurisprudence – parfois véritablement audacieuse, et parfois plutôt prévoyante – de se prononcer sur la question dans les années à venir, en trouvant un équilibre entre la liberté économique et la protection de la personne. Une tâche dont la difficulté ne fait pas l'ombre d'un doute.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET SON EXPLOITATION EN DROIT PÉNAL

Gonzalo Medina
Universidad de Chile

I. Introduction

1. Le principe de précaution a pour ambition de répondre à des phénomènes modernes liés à la prise de décisions, dans des contextes d'ignorance ou d'incertitude scientifique, en cas de risque de survenance de dommages graves. Ces éléments figurent déjà dans la Déclaration de Rio, dont le principe 15 établit que « *pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement*[1633] ».

2. Ce principe est réputé supposer la transition d'un modèle de prévision, où les risques et les cours des évènements sont connus, vers un modèle d'incertitude du risque et d'impossibilité de calculer le dommage, et le lien de causalité éventuel entre l'un et l'autre[1634]. Les problèmes mis en évidence par le principe de précaution ont été traités dans plusieurs domaines de discussion en droit pénal qui s´intéresse aussi bien à l'idée d'un Droit inscrit dans une société de plus en plus complexe, permettant de réduire les risques découlant de cette complexité, qu'aux difficultés issues de la survenance de phénomènes liés à l'incertitude scientifique sur la manière de vérifier le cours des évènements.

1633 Texte complet sur http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm

1634 ROMEO CASABONA, Carlos María, Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal, dans : Romeo Casabona (édit.) Principio de precaución, biotecnología y Derecho, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Grenade, 2004, p. 385 sqq.

3. En droit comparé, la discussion sur le principe de précaution et ses liens avec le droit pénal s'est concentrée sur certains aspects du droit pénal spécial, par exemple les dispositions pénales en matière d'environnement ou de sécurité alimentaire[1635]. Toutefois et compte tenu du développement insuffisant de ces questions en droit pénal spécial chilien, j'aimerais ci-après me concentrer sur les structures du droit pénal général qui témoignent de l'importance du débat autour du principe de précaution et qui sont axées essentiellement sur deux aspects : d'une part, la structure d'affectation du bien juridique et en particulier, les liens entre le principe de précaution et le délit de mise en danger abstraite et de l'autre, le principe de précaution et l'imputation de dommages dans un contexte d'incertitude, notamment le concept de risque acceptable dans les délits d'imprudence.

II. Le droit pénal, la légitimation de structures d'affectation de biens juridiques et le principe de précaution

4. En premier lieu, il convient d'évoquer la gestion du risque qui se trouve au cœur de l'établissement des normes pénales. Il s'agit d'une évolution fort contestée[1636] du droit pénal, dont il est dit depuis quelques décennies qu'il s'agit moins d'un droit axé sur l'affectation d'intérêts juridiquement et pénalement pertinents que d'un droit orienté vers la gestion de risques au moyen de la menace de sanctions.

5. Cette dernière évolution a d'ailleurs suscité un débat animé sur le rôle joué par le délit dit de mise en danger abstraite en termes politiques et criminels et sur la place que peut occuper le principe de précaution dans l'analyse de certaines dispositions pénales habituellement qualifiées de délits de mise

1635 Voir CORN, Emanuele, Il principio di precauzione nel Diritto Penale, studio sui limiti all´anticipazione della tutela penale, G.Giappichelli Editore, Turin, 2013, p. 17 sqq. Le domaine de discussion du principe de précaution ne se limite néanmoins pas à ces sujets, ce dont témoigne sa discussion en matière de terrorisme dans BORGERS, Matthias/VAN SLIEDREGT, Elies, The meaning of the precautionary principle for the assesment of criminal measures in the fight against terrorism, Erasmus Law Review, Vol. 2, n° 2, 2009, p. 171 sqq. ou bien encore en matière de santé.

1636 Pour une critique, voir PRITTWITZ, Cornelius, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, p. 236 sqq. ; en Espagne, voir SILVA SANCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política crimina en las sociedades posindustriales, 2e éd., Civitas, Madrid, 2001, p. 25 sqq.

en danger abstraite, et dont la justification est une conséquence de l'assomption des postulats liés au principe de précaution[1637].

6. J'entends discuter cette assertion, en affirmant que ce n´est pas en relation avec les délits de mise en danger que le principe de précaution trouve son efficacité en droit pénal, et qu'en revanche, il existe d'autres formes d'affectation du bien juridique où ces considérations peuvent en effet s'avérer utiles.

A. Formes d'affectation des biens juridiques

7. Nous nous achoppons ici à l'une des principales difficultés du lien entre norme pénale et affectation d'un bien juridique. Traditionnellement, la littérature pénale distingue trois formes principales où une infraction peut être mise en relation avec le bien juridique protégé respectif, ce qui n'est d'ailleurs pas exempt d'un débat légitime[1638].

8. La catégorie la plus classique et la moins contestée a trait à la lésion de biens juridiques, qui coïncide souvent – bien que l'on ne puisse pas faire d'amalgame conceptuel – avec le phénomène de la survenance du résultat espéré. Cependant, le droit pénal a toujours admis que pour être efficace, un droit ne peut pas s'élaborer uniquement sur la base de l'incrimination des lésions de biens juridiques, un certain degré d'anticipation de la punition étant nécessaire[1639].

9. C'est dans ce contexte qu'interviennent les catégories de délits de mise en danger, aussi bien concrète qu'abstraite. Tandis que dans les premiers, la conduite de l'agent produit un état de fait

---

1637 En réalité, un volet important du débat sur le principe de précaution et le droit pénal s'est fait à la lumière de la catégorie des délits de mise en danger abstraite, à ce sujet, voir CORN, Emanuele, op. cit. note 3, p. 84 sqq.

1638 KUHLEN, Lothar, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, dans : Von Hirsch, Seelmann y Wohlers (Éd.), Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Nomos (édit.), Baden-Baden, 2006, p. 148.

1639 ROXIN, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4e éd., C.H. Beck, Munich, 2006, § 2 numéro en marge 68.

suscitant un véritable état de lésion potentielle d'un bien juridique[1640], dans les seconds, ce critère ne fait pas partie de la structure du délit. Dans les délits de mise en danger abstraite, ce n'est pas la justice qui porte un jugement sur la dangerosité (probabilité de lésion), mais le législateur qui considère en amont que certains comportements *per se* vont de pair avec un potentiel de danger[1641].

10. De nos jours, les délits de mise en danger abstraite sont souvent l'une des formes d'incrimination préférées des législateurs, et ils témoignent du penchant pour un droit pénal orienté vers le contrôle du risque plutôt que sur l'affectation de biens juridiques. Cependant, cette catégorie n'a pas été exempte de polémique dans la dogmatique pénale, car elle masque souvent une peine pour l'infraction d'un devoir, dépourvue de fondements empiriques rendant compte de la véritable dangerosité sociale de la conduite[1642]. Les manifestations de cette catégorie sont nombreuses : délits classiques de conduite de véhicules à moteur régis par la circulation routière, comme la conduite en état d'ivresse ou sous l'influence de l'alcool, délits habituellement punis par les lois sur les stupéfiants, ainsi qu'une multitude de délits associés que l'on appelle souvent les délits de la société du risque.

11. Cependant, l'un des domaines où les délits de mise en danger abstraite ont pris le plus d'ampleur est la protection pénale de l'environnement. Une matière dont la régulation en droit pénal chilien est pour le moins éparse, mais dont je citerai quelques exemples pour tenter d'illustrer l'application possible du principe de précaution en matière pénale.

12. L'article 41 de la loi chilienne nº 18.302 sur la sécurité nucléaire donne un exemple de délit de mise en danger abstraite : « Quiconque attaque, endommage ou sabote des installations, usines, centres, laboratoires ou établissements nucléaires encourt une peine de réclusion criminelle ou

1640 Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas simplement de la probabilité de lésion d'un bien juridique, mais plutôt du caractère non contrôlable du cours des événements, ce qui est décrit à juste titre dans ZIESCHANG, Frank, Der Gefahrbegriff mi Recht, GA, 2006, p. 8 sq.

1641 La différence principale entre ces deux types de délits est décrite dans SCHRÖDER, Horst, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ, 1967, p. 522.

1642 Concernant la discussion de longue date sur ce sujet, voir KORIATH, Heinz, Zum Streit um die Gefährdungsdelikte, GA 2000, p. 51 sqq., où il est question des différences entre les problèmes de classement et d'argumentation, aussi bien pour les délits de mise en danger concrète que pour ceux de mise en danger abstraite.

perpétuité ». On constate que l'incertitude et l'éventualité du dommage sont sans importance, car en ce qui concerne l'énergie nucléaire, nous ne sommes pas dans un contexte d'incertitude scientifique, mais bien dans le cadre d'une probabilité proche de la certitude que des dommages se produiront.

13. Néanmoins, il n'en va pas de même pour certains exemples ayant trait à l'environnement. J'aimerais citer l'exemple de l'article 291 du Code pénal chilien : « *Quiconque propage indûment des organismes, produits, éléments ou agents chimiques, viraux, bactériologiques, radioactifs, ou de tout autre type qui par leur nature, sont susceptibles de mettre en danger la santé animale ou végétale, ou l'approvisionnement de la population, sera puni d'une peine d'emprisonnement maximale* ». On peut se demander d'une part s'il s'agit forcément d'un délit de mise en danger abstraite et de l'autre, quel rôle peut jouer le principe de précaution.

14. La disposition pénale susmentionnée pose problème en raison de la large palette de situations auxquelles elle peut s'appliquer. Parmi elles, les situations les plus évidentes, comme la propagation massive d'un agent viral avéré nocif, entrent dans le champ d'application de la norme et leur sanction ne pose pas de problème. En revanche, les situations où les effets de l'agent ne sont pas clairs et notamment, celles où un agent chimique ou viral a été propagé en faible quantité sont quant à elles plus complexes. C'est le cas, par exemple, du déversement de déchets chimiques en faible quantité dans une rivière.

15. La construction du délit de mise en danger abstraite ne sert pas à légitimer une sanction pénale dans ces cas, dans la mesure où l'on ne peut pas établir, pas même hypothétiquement, un enchaînement de cause à effet dérivé d'un déversement en faible quantité qui entraîne un dommage grave. Le lien entre bien juridique et conduite dans ce type de situation peut cependant être abordé sous un autre angle.

B. Les délits par accumulation

16. Les délits par accumulation sont caractérisés par le fait d'incriminer des conduites qui en elles-mêmes, n'ont pas la capacité de léser le bien juridique protégé, mais qui réitérées à de multiples reprises, développent ce potentiel[1643]. La catégorie des délits par accumulation, précisément créée dans le contexte des délits environnementaux[1644], a également fait l'objet de controverses. On critique son caractère de sanction fondée sur le comportement d'autrui, dans la mesure où le reproche est fondé sur le comportement potentiel (aussi insignifiant soit il) de tiers qui ne sont pas forcément en rapport avec l'auteur du délit[1645]. Il me semble que dans ce domaine, le principe de précaution peut contribuer à légitimer ces structures pénales. Le problème ne porte pas sur l'incertitude scientifique sur les propriétés physiques ou chimiques d'une substance donnée, mais plutôt sur l'incertitude concernant les comportements éventuels des tiers, en parallèle ou *a posteriori*.

17. Vu sous cet angle, en termes de proportionnalité, c'est le dommage grave pouvant être identifié comme la conséquence de multiples comportements de sujets, mais non étayé, qui fonde l'incrimination des conduites en elles-mêmes inoffensives, selon le postulat du principe de précaution.

1643 A noter que le problème des dommages répétés, ou cumulés, est souvent associé à des mécanismes d'autorisations ou de licences étatiques pour réaliser certaines activités, à ce sujet, voir FEINBERG, Joel, Harm to others, The moral limits of the criminal law, Oxford University Press, New York-Oxford, 1994, p. 193 sqq. C'est particulièrement le cas en matière environnementale, où la plupart des activités significatives font l'objet d'autorisations ou de permis délivrés par des organes de l'État.

1644 Pour les premières formulations en lien avec des délits environnementaux, voir KUHLEN, Lothar, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993, p. 716.

1645 Sur cette critique, voir HEFENDEHL, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymanns, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, 2002, p. 188 qui résout à juste titre l'objection contre la construction de la responsabilité cumulative au moyen de la différenciation entre Criminalisation et Typicité (Kriminalisierung und Tatbestand), ce qui nous pousse à distinguer différents niveaux dans l'argumentation sur ce type de responsabilité. L'un se réfère à la responsabilité dans le cas concret et l'autre à l'établissement de la norme pénale, où la critique plausible ne s'applique qu'au premier domaine.

18. Ainsi, le principe de précaution agit comme un principe de légitimation nourrissant l'incrimination de ce type de conduites, en principe situées en deçà du seuil de danger abstrait et dans lesquelles l'incertitude ne vient pas de la méconnaissance de lois causales scientifiques, mais plutôt des doutes sur d'éventuels comportements d'autrui.

19. Certaines nuances s'avèrent néanmoins nécessaires. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que dans le cas de l'application du principe de précaution, les délits pénaux, délits de mise en danger abstraite mis à part, deviennent automatiquement ce que l'on pourrait qualifier de délits de « simple désobéissance »[1646], ce qui serait inacceptable et disproportionné dans le cadre d'un droit pénal respectueux de certaines limites.

20. Pour éviter de circonscrire les délits par accumulation à de simples infractions formelles, fondées exclusivement sur l'infraction d'une prohibition administrative donnée, le législateur doit prendre en compte certains critères minimums pour punir ce type de comportements. De ce point de vue, il ne s'agit pas uniquement d'une simple infraction d'une conduite soumise à un contrôle administratif – bien que dans la pratique, on l'associe souvent aux figures pénales soumises à des régimes d'autorisations administratives –, mais à l'heure d'incriminer un individu, le législateur doit respecter certains paramètres.

21. Ainsi, l'idée d'incertitude dans le principe de précaution ne peut être vue comme une justification pour sanctionner les conduites dont on ignore les conséquences, mais plutôt celles où il est raisonnable de mettre en question leur nocivité effective. À cet effet, Hefendehl souligne que pour que l'accumulation soit un équivalent matériel au lien de causalité dommageable des délits de lésion dans les cas d'effets synergiques réalistes relatifs au principe d'insignifiance[1647].

[1646] À cet égard, voir ESCOBAR VÉLEZ, Susana, La responsabilidad penal por productos defectuosos, Tirant lo Blanch, Valence, 2012, p. 76. Sa conclusion est fondée en partie sur l'application jurisprudentielle du principe de précaution dans la jurisprudence espagnole en matière pénale.

[1647] HEFENDEL, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, op. cit. note 13, p. 184 sqq., du même auteur : Das Rechtsgut als materiales Angelpunkt im Strafrecht, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Ed.) Die Rechtsgutstheorie, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 130 sq.

22. Dans ce même ordre d'idées, Wohlers et Von Hirsch ont identifié certains critères dont il faudrait tenir compte pour accepter l'accumulation comme un critère de détermination de l'affectation d'un bien juridique. Les auteurs signalent que les critères que doivent présenter les conduites cumulatives sont de deux natures : (i) la limitation à des effets cumulatifs que l'on peut réellement attendre et (ii) les limitations normatives du devoir de coopération[1648].

23. Le premier de ces critères est peut-être celui qui est le plus en conflit avec l'idée de précaution comme fondement complémentaire de l'accumulation. Il concerne l'exigence que l'agrégation des effets nocifs potentiels des conduites sanctionnées semble suffisamment réaliste, ce qui pourrait sembler contraire à l'idée d'incertitude sous-jacente aux champs d'application du principe de précaution. Cette exigence de réalité est configurée par l'existence d'une certaine base empirique permettant d'affirmer en amont la dangerosité potentielle de la conduite, ce qui doit être décidé par le législateur qui possède une marge discrétionnaire pour déterminer les conduites à incriminer, soit parce qu'il dispose d'antécédents lui permettant de former un jugement, soit parce qu'il se procure ces antécédents[1649].

24. C'est là le point le plus conflictuel par rapport au principe de précaution : le point d'inflexion devrait être fixé par un pronostic d'incertitude raisonnablement fondé. Ainsi, l'argumentation fondée uniquement sur des questions ayant trait à des conduites qui devraient être écartées en amont est à rejeter. Cela devrait alors être compensé par le dommage catastrophique potentiel de la conduite, ce qui peut découler non seulement de la catégorie de comportement, mais aussi de l'objet protégé.

25. En dépit de ce qui précède, dans le cas de dommages cumulatifs, l'idée d'incertitude du résultat devrait trouver sa place entre le rejet de la pertinence du comportement individuel et l'incertitude de la réalisation répétée de la conduite, car il n'est pas possible de déterminer sur des bases empiriques le dommage susceptible de se produire.

[1648] WOHLERS, Wolfgang/ Von Hirsch, Thomas, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur, dans : Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (édit.) Die Rechtsgutstheorie, op. cit. note 15, p. 207 sqq.

[1649] Ibid.

26. Bien que ceci soit acceptable, une prohibition pénale fondée sur ces arguments devrait être essentiellement provisionnelle et toujours ouverte aux réfutations, dans la mesure où l'incertitude peut être renversée, la pertinence de la répétition pouvant être confirmée ou rejetée.

27. Soulignons aussi l'existence de ce que ces mêmes auteurs appellent un *duty of cooperation.* Ici, l'exigence ne découle pas du type d'actions, mais des éventuels destinataires des dispositions pénales. Tout semble indiquer que ce type d'interdiction devrait se limiter à des destinataires donnés, car les devoirs des individus se limitent, en règle générale, à l'interdiction de nuire à autrui.

28. Vu l'incertitude qui subsiste dans les délits par accumulation, notamment si l'on tient compte du fait que le principe de précaution peut servir de fondement à la logique de la sanction pénale, cette restriction spéciale des sphères de liberté devrait se cantonner aux conduites qui s'inscrivent dans certains contextes pouvant impliquer des actions répétées, comme les activités professionnelles ou industrielles[1650].

29. Le principe de précaution peut donc avoir un rôle à jouer en matière pénale dans la mesure où l´on tient compte des aspects que l´on vient de développer.

III. Incertitude scientifique, risques graves et imputation du résultat

30. Il n'en va pas de même lorsque l'on se demande si le principe de précaution peut être un critère pour fonder l'imputation dans le cas de délits, notamment par négligence[1651]. La question se rapporte à l'un des principaux problèmes auxquels s'est attelée la dogmatique pénale ces dernières

1650 Ibid.

1651 Pour plus de détails sur cette question, voir CORN, Emanuele, Il principio di precauzione nel Diritto Penale, op. cit. note 3, p. 101 sqq.

décennies, à savoir, la réélaboration de la causalité, une problématique qui s'est surtout exprimée dans « la responsabilité pénale du fait des produits »[1652].

31. Dans tous les cas, nous sommes face à des suppositions caractérisées par une certaine méconnaissance du lien de causalité entre certains antécédents et certains résultats donnés. Étant donné la gravité de ces cas, la dogmatique pénale a été contrainte de s'interroger sur la manière de construire un jugement d'imputation lorsque les processus de causalité sont incertains. Le postulat fondamental dans ce domaine est l'impossibilité d'affirmer une « incertitude » sur le lien de causalité entre une conduite et un résultat, car la prétendue certitude scientifique est impossible d'un point de vue méthodologique. On l'emploie donc avec plus ou moins d'exactitude probabiliste[1653]. Il ne s'agit pas de gérer l'incertitude des processus de causalité comme un phénomène binaire, c'est-à-dire, de savoir s'il existe ou non une loi causale liant clairement un comportement à un résultat, mais plutôt, de savoir sous quelles conditions d'incertitude nous sommes prêts à attribuer à un sujet la responsabilité pour un résultat donné.

32. A mon avis, le principe de précaution ne peut pas jouer le rôle de principe complémentaire pour fonder des jugements d'imputation, au contraire, son rôle est fixé par la détermination préalable du risque acceptable, essentiellement dans des contextes d'actions soumises à des contrôles étatiques[1654].

1652 Cela dit, le débat sur le principe de précaution peut même dépasser le domaine de la négligence, lorsque, hors contexte, ce principe est appliqué à des délits intentionnels. C'est particulièrement vrai dans les cas de biens juridiques collectifs flous, comme la santé publique, souvent associés à tort au délit de mise en danger abstraite, à ce sujet, voir SÁNCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme, Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial, Revista Penal, nº 25, 2010, p. 145 sq.

1653 Sur ce sujet, voir HILGENDORF, Eric, Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto, ADPCP, T. LV, 2002, p. 91 sqq.; HERNANDEZ, Héctor, El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal), Polit. crim. nº 1, 2006, A7, p. 8 sqq.

1654 Pour une vision sceptique sur l'application du principe de précaution en matière pénale, mais ouverte à son rôle éventuel dans la détermination du risque acceptable, voire, MENDOZA BUERGO, Blanca, Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro, dans : Romeo Casabona, op. cit. note 2, p. 456.

33. En d'autres termes, le principe de précaution pourrait être pris en compte en amont de l'activité dangereuse, de manière à interdire toute activité dont le risque serait considéré comme excessif, d'où le rôle du principe de précaution en matière administrative et son rôle cité précédemment en matière de typification pénale. Cependant, si la conduite est autorisée à ce niveau, en principe, la barrière du risque puni par la loi pénale serait franchie et le coût du dommage de l'ignorance par rapport à l'incertitude sur les conséquences ne pourrait pas retomber sur l'auteur de la conduite, protégé par l'autorisation qui lui est conférée par l'Etat[1655].

34. Dans les domaines non réglementés, le poids qu'a l'incertitude sur les conséquences pernicieuses d'une conduite ne devrait pas être imputé à l'auteur de l´enchainement des faits dangereux qui ignore ou ne peut pas prévoir les conséquences nuisibles. Telle devrait être la conclusion à la lumière du système pénal et procédural pénal actuel au Chili.

35. Cependant, l'introduction de certaines offenses dans le cadre d´un régime de responsabilité qui rejoint un régime de responsabilité objective mettrait en dissidence le principe de culpabilité et doit être le fruit d'un débat politique législatif et non pas résulter de l'application d'un principe comme le principe de précaution.

[1655] L'utilité du principe de précaution pour le cas de l'imputation de délits de négligence est rejetée dans ESCOBAR VÉLEZ, Susana, La responsabilidad penal por productos defectuosos, op. cit. note 14, p. 74.

PARTIE 3 – AMÉRIQUE DU NORD

1. CANADA

L'INFLUENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE CANADIEN : ASPECTS SUBSTANTIELS ET PROCÉDURAUX[1656]

Lara Khoury
Professeure agrégée et Vice-doyenne à la recherche,
Codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit,
Faculté de droit, Université McGill

Introduction : de la prévention à la précaution?

1. Alors qu'en France, la pénétration du principe de précaution en droit de la responsabilité civile est un concept familier à la doctrine et aux tribunaux, cette question reste généralement ignorée en droit canadien et québécois. Abordée par l'enseignant, elle entraîne des interrogations chez les étudiants. Bien que la réduction des risques en matière de santé et de protection de l'environnement suscite en eux un grand intérêt, ils comprennent difficilement que le droit des obligations puisse s'approprier ce concept familier au droit interne et international de l'environnement. Et pour cause. L'incertitude des risques se bute en droit canadien et québécois à la responsabilité civile aux exigences de preuve de la faute - qui requiert la prévisibilité raisonnable du préjudice — et de la causalité — qui s'effondre devant l'inconnu. Elle rencontre en outre le mur d'une philosophie de droit privé fondée sur une justice corrective axée sur la réparation *ex post facto*, plutôt que sur la prévention *ex ante*. Enfin, il n'existe pas en droit privé canadien et québécois de contentieux de l'incertitude scientifique similaire à celui qui s'est développé en France dans les domaines notamment des ondes électromagnétiques, de la vaccination et du nucléaire. Tous ces facteurs font qu'un litige marqué par l'incertitude ne se rendra probablement pas à procès en droit canadien, mais risque de plutôt se clore par règlement ou abandon des poursuites. Ainsi, le fardeau — long procès, nécessité d'expertises multiples, frais importants, etc. — qu'implique la démonstration de la responsabilité en présence d'incertitude est évité.

[1656] Ce texte est dérivé de présentations faites dans le cadre du Séminaire L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale. Regards franco-canadiens. Journées d'études à l'Université McGill tenu à la Faculté de droit de l'Université McGill les 5-6 mai 2014 sous la gouverne de Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET. Ce texte et sa recherche sont à jour en date du 1er janvier 2015.

2. Alors que les objectifs préventifs transparaissent du droit de la responsabilité civile québécois et canadien, ce dernier ne côtoie pas encore véritablement le principe de précaution en situation d'incertitude. Pour pouvoir comprendre les nuances dans le traitement québécois et canadien du principe de précaution au sein du droit de la responsabilité civile, il faut donc d'abord distinguer le principe de précaution des concepts voisins de précaution et de prévention. Mathilde Boutonnet note à cet effet qu'alors que le concept de précaution[1657] fait bien partie du droit de la responsabilité civile[1658], le principe de précaution va plus loin et la « notion de précaution ne constitue qu'un premier indice pour appréhender le sens du principe »[1659] :

3. Il ne s'agit plus seulement de faire attention et de prendre des mesures : le principe demande à tenir compte des risques qui existent dans les domaines de la santé et de l'environnement malgré leur incertitude scientifique, à prévenir les dommages en résultant pour sauvegarder certains intérêts essentiels qui s'apparentent alors à des intérêts collectifs plus qu'individuels et, à cette fin, à apporter une réponse proportionnée propre à l'évitement en se souciant d'une évaluation des risques[1660].

4. Il n'existe aucune source explicite du principe de précaution en droit privé de la responsabilité civile québécois et canadien[1661]. Le Code civil du Québec ne le mentionne aucunement au Livre 5 sur les obligations, ne faisant d'ailleurs allusion aux buts préventifs du droit de la responsabilité civile qu'à l'article 1621 C.c.Q. portant sur les dommages exemplaires et punitifs. Par contre, depuis 2006, la Charte des droits et libertés de la personne[1662] énonce dans sa section sur les droits économiques et sociaux que « Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité »[1663]. Certains jugements se réfèrent à cette disposition pour interpréter l'article 976 du Code civil du Québec portant sur les droits de voisinage[1664].

1657 Désigné plus fréquemment en Amérique du Nord par le terme prévention.

1658 Mathilde BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Paris, L.G.D.J., 2005, par. 5.

1659 *Id.*, par. 6.

1660 *Id.*, par. 7.

1661 Le principe de précaution est toutefois reconnu en droit interne canadien, particulièrement en matière de protection de l'environnement.

1662 Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, art. 46.1.

1663 Donnant, selon certains, au droit à un environnement sain une valeur quasi constitutionnelle *: St-Luc-de-Vincennes (Municipalité de) c. Compostage Mauricie inc*., 2008 QCCA 235, par. 46; *Delage c. Plantons A & P inc*., 2013 QCCS 2269, par. 222 [*Delage*].

1664 *Delage*, préc. note 8*,* par. 280. Voir aussi *Infra,* p. 24.

5. En jurisprudence québécoise, seuls deux jugements dans le domaine de la responsabilité civile mentionnent le principe de précaution[1665]. Dans B. Frégeau et Fils c. Société de l'assurance automobile du Québec[1666], la demanderesse reprochait au défendeur de lui avoir occasionné des frais en appelant le service d'urgence d'Environnement Canada et le service d'incendie d'une municipalité suite à un accident dans lequel elle était impliquée et après lequel du carburant avait été trouvé sur la route. Bien que la Cour remarque un excès de prudence de la part du défendeur, elle refuse de le trouver fautif, une conclusion qui, selon elle, s'impose davantage en application du principe de précaution. Bref, le défendeur n'avait pas agi fautivement en se laissant guider par le principe de précaution. La deuxième décision, Laberge c. Gemme[1667], se penche sur une requête en rejet d'action dans une affaire de contamination de sols que le ministère de l'Environnement aurait laissé se perpétuer. Notant que les demandeurs ont l'intention de plaider que la théorie du principe de précaution trouve une application large en matière d'environnement, créant une obligation de prudence et de diligence élargie, la Cour rejette la requête. Elle se dit d'avis qu'il faut éviter de court-circuiter par un rejet prématuré de l'action la possibilité d'établir de nouveaux développements jurisprudentiels.

6. En *common law* canadienne[1668], seule l'affaire ontarienne Société canadienne du sang c. Freeman[1669] envisage expressément le principe de précaution lors de l'évaluation de la responsabilité civile. Elle conclut à la responsabilité d'un donneur de sang pour avoir engendré des frais importants à la demanderesse lorsqu'il fut découvert qu'il avait fait de fausses représentations sur ses pratiques sexuelles. En effet, le défendeur avait, à plusieurs reprises, sciemment et faussement, répondu négativement à une question demandant s'il avait eu des relations sexuelles avec d'autres hommes depuis 1977. En défense, il prétendit que cette question était discriminatoire au sens de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés[1670], ce qui justifiait les fausses représentations en question. Analysant cet argument, le tribunal se penche sur le caractère justifié du questionnaire en cause au regard de sa nécessité pour protéger la sécurité de la banque de sang canadienne[1671]. C'est dans le cadre de cette discussion des fondements des décisions de politiques publiques quant à la gestion des risques posés à la santé humaine que le principe de précaution est discuté, et non pour évaluer la responsabilité du défendeur.

1665 La recherche fut effectuée le 3 avril 2014 dans la banque de données juris.doc (Azimut-Soquij) en utilisant les termes « responsabilité » et « principe adj précaution ».

1666 B. Frégeau et Fils c. Société de l'assurance automobile du Québec, B.E. 2004BE-688 (C.Q.).

1667 *Laberge* c. *Gemme*, 2012 QCCS 5453.

1668 Une recherche effectuée le 3 avril 2014 à l'aide de la banque de données Westlaw Canada en utilisant les termes « torts or liability » (headnote) et « precautionary /2 principle » donna trois résultats. Après analyse, seule l'affaire mentionnée se révéla pertinente.

1669 Société canadienne du sang c. Freeman, 2010 ONSC 4885.

1670 Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

1671 Le principe de précaution est surtout invoqué par les experts ayant témoigné sur cette question (notamment, *Société canadienne du sang c. Freeman*, préc. note 14, par. 280-81, 292-93 et 542-44), mais le tribunal l'incorpore dans son analyse: par. 591-93.

7. Par ailleurs, peu d'auteurs canadiens et québécois se sont intéressés à la pénétration du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Hélène Trudeau est la première au Québec à avoir abordé cette question. Dans un texte de 2002, elle argumente qu'au-delà des situations dans lesquelles son application est formellement reconnue, le principe de précaution peut trouver application comme outil d'analyse et de gestion des risques incertains pour l'environnement ou la santé humaine, et avoir ainsi une portée normative même en l'absence de texte législatif explicite[1672]. S'appuyant principalement sur les auteurs français, elle envisage notamment que la notion de faute soit interprétée de façon à intégrer une approche de précaution[1673]. La même année, Bruce Pardy publie un plaidoyer en faveur de l'adoption d'un principe de responsabilité stricte fondé sur le principe de précaution, mais reconnaît que l'état de la *common law* n'y est pas favorable[1674]. Enfin, les auteurs Baudouin et Deslauriers mentionnent ce principe pour la première fois en 2003 dans la 6e édition de leur célèbre ouvrage La responsabilité civile, appuyant leur discussion, eux aussi, sur la doctrine juridique française[1675]. Ce tiède intérêt pour le principe de précaution en droit privé mène donc à se demander si les droits québécois et canadien, dans leur état actuel, sauraient lui faire une place.

I. Un espace pour le principe de précaution ?

8. Le présent texte se focalise sur le droit commun de la responsabilité civile, laissant de côté les recours en indemnisation pouvant exister en vertu de lois protégeant l'environnement. Par exemple, l'article 99 de la Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario prévoit un tel droit à l'indemnisation au profit de l'État ou de toute autre personne en cas de déversement d'un polluant[1676]. Nous nous intéressons plutôt ici à la question de savoir si la nature (A) et les conditions (B) de la responsabilité civile en droit canadien et québécois, telles qu'elles se déclinent actuellement, sont en mesure d'accueillir les idées liées à la précaution en situation d'incertitude.

A. Espace selon la nature de la responsabilité

1672 Hélène TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 455, 465 et 501 [TRUDEAU].

1673 *Id.*, p. 517.

1674 Bruce PARDY, « Applying the Precautionary Principle to Private Actors: Is it Relevant to Civil and Criminal Liability? », (2002) 43 *C. De D.* 63.

1675 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, par. 152-55.

1676 Il semble s'agir d'une présomption de faute si on en croit la Loi *sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E-19, art. 99 (3) - « s'ils démontrent qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le déversement du polluant » - quoique le par. 6 dise clairement que l'action n'est pas subordonnée à la faute ou la négligence.

9. La prévention transparait comme un but de plusieurs régimes de responsabilité canadiens, surtout au sein des régimes de responsabilité objective en matière environnementale. Le droit de la responsabilité civile au Québec et dans le reste du Canada ne va cependant pas jusqu'à incorporer les idées liées au principe de précaution. Cette constatation est évidente dans le cadre des régimes fondés sur la faute, mais également dans le contexte des régimes de responsabilité objective en matière de fait des produits (Québec) et de protection de l'environnement (Québec et *common law* canadienne). On peut même prétendre que le rôle préventif – on est encore loin du principe de précaution – de ces régimes est sujet à débat. Parce qu'elle entraine l'examen des pratiques et normes adoptées dans certains domaines, la responsabilité fondée sur la faute peut, du moins théoriquement, forcer l'acteur à anticiper au préalable l'effet de ses comportements et à identifier et implanter des précautions nécessaires à la réduction de risques qui y sont associés[1677]. Est-ce à dire que la responsabilité objective, en soustrayant l'évaluation du caractère raisonnable des comportements ayant causé le préjudice, extrait de ce fait tout effet préventif et dissuasif auquel le droit de la responsabilité civile peut prétendre ? D'un côté, l'on peut imparfaitement argumenter que les régimes de responsabilité objective poursuivent des buts préventifs en responsabilisant l'acteur le mieux placé pour prévenir le risque, son créateur, sur le seul fondement de la réalisation du risque et du lien de causalité. D'ailleurs, il est révélateur que les régimes de responsabilité objective aient eu tendance à se développer dans le domaine des activités particulièrement risquées[1678]. D'un autre côté, en évacuant toute prise en compte de la faute — et donc du caractère raisonnable des précautions prises — et en incitant les créateurs industriels de risque à s'assurer, ces régimes s'éloignent des fonctions préventives. De plus, les régimes canadiens de responsabilité objective en matière de protection de la santé et de l'environnement présentent des caractéristiques qui font douter de leur pouvoir préventif — et *a fortiori* de leur capacité à intégrer le principe de précaution — en présence d'incertitude.

10. Produits et environnement - En matière de responsabilité du fait des produits, l'attention se porte sur le droit québécois puisque la *common law* traite de cette question sous le délit de négligence fondé sur la preuve d'une faute. La responsabilité du fabricant en droit québécois est calquée sur la Directive européenne de 1985[1679]. Malgré cela, la nature du régime est débattue, certains auteurs le décrivant comme un régime de responsabilité objective alors que d'autres parlent

1677 Stephan D. SUGRAMAN, « Personal Injury and Social Policy – Institutional and Ideological Alternatives » dans Nicholas J. MULLANY et Allen M. LINDEN (dir.), *Torts Tomorrow. A Tribute to John Fleming*, Sydney, LBC Information Services, 1998, p. 291.

1678 Mais peut-être plus par soucis de prendre en charge les victimes de ces risques que dans l'espoir de forcer plus de prévention.

1679 Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Journal officiel n° L 210 du 07/08/1985 p. 0029-0033.

plutôt d'une présomption de connaissance du défaut[1680]. Cette responsabilité est basée sur le défaut de sécurité, évalué selon ce qu' « on est normalement en droit de s'attendre »[1681]. Une défense fondée sur le risque de développement est toutefois prévue : « Il (Le fabricant) n'est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s'il prouve que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien… »[1682]. Le risque incertain repose donc sur les épaules du consommateur pendant toute la durée de l'incertitude, mais pas plus : « … et qu'il n'a pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut »[1683].

11. La possibilité pour le principe de précaution de se faufiler en droit de la responsabilité est plus prometteuse en matière de responsabilité environnementale, bien que des bémols s'imposent. En matière de droits de voisinage québécois, la Cour suprême du Canada confirme en 2008, dans l'affaire Ciment du Saint-Laurent, que le régime prévu à l'article 976 C.c.Q en est un de responsabilité objective, encadrant les conséquences de l'acte accompli par le propriétaire plutôt que son comportement, tout en donnant ouverture à la fois à un recours en dommages et en injonction[1684]. La prévisibilité raisonnable du préjudice, du moins telle qu'elle se profile lors de l'évaluation de la faute, n'est donc pas en principe requise. De plus, la Cour suprême du Canada met de côté l'opinion de la Cour d'appel du Québec dans cette affaire, à l'effet que les objectifs de protection de l'environnement ne nécessitent pas une règle de responsabilité personnelle sans faute en matière de voisinage puisque la Loi sur la qualité de l'environnement[1685] permet de « couvrir l'ensemble des situations problématiques à caractère environnemental »[1686]. Par ce rejet, la Cour suprême reconnaît que le droit de la responsabilité civile a aussi un rôle à jouer, complémentaire à celui des régimes statutaires, en matière de protection de l'environnement[1687].

1680 Ou même d'une présomption de faute : Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 2 vol., « Responsabilité professionnelle », 8e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, vol. 2, par. 2-385 [BAUDOUIN et coll.].

1681 C.c.Q., art. 1468-1469.

1682 C.c.Q., art. 1473 ; BAUDOUIN et coll., vol. 2, préc. note 25, par. 2-384.

1683 C.c.Q, art. 1473.

1684 *Ciment du Saint-Laurent* c. *Barrette*, 2008 CSC 64, par. 86. Voir aussi *Bossé* c. *Hydro-Québec,* 2014 QCCA 323, par. 12. Baudouin et coll. remarquent cependant que certains juges réintègrent la notion de faute en tenant compte du comportement des parties dans l'évaluation de ce qui constitue un inconvénient anormal : BAUDOUIN et coll., vol. 1, par. 1-162.

1685 Loi sur la qualité de l'environnement, R.L.R.Q., c. Q-2.

1686 Ciment du Saint-Laurent c. Barrette, 2006 QCCA 1437, par 160.

1687 Voir aussi: Michel BÉLANGER, « L'après Ciment St-Laurent pour les recours collectifs en environnement » dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, Montréal, 2009 [BÉLANGER].

12. Quant à la *common law* canadienne, l'instrument par excellence du droit de la responsabilité civile pour la protection de l'environnement[1688] est le délit de *private nuisance* compris comme étant strict (avec certains bémols) et requérant, similairement au droit civil, la preuve d'une interférence déraisonnable avec la jouissance paisible de la propriété d'autrui. La démonstration de cette interférence déraisonnable nécessite de soupeser à la fois la gravité du préjudice causé et l'utilité de la conduite du défendeur[1689]. Parce qu'il n'exige pas la démonstration d'un dommage matériel à la propriété, il permet de réclamer la cessation d'un trouble qui a des effets plus subtils sur le bien-être du propriétaire et sur sa santé. En effet, en droit civil comme en *common law*, le droit des nuisances incorpore une dimension procédurale préventive non négligeable en permettant d'exiger la cessation du trouble de voisinage par la voie de l'injonction[1690]. L'affaire britannique Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather plc, qui demande qu'au sein de ce délit, le type de préjudice en cause ait été raisonnablement prévisible pour l'acteur réduit l'utilité de ce délit en situation d'incertitude, mais l'applicabilité de cette affaire en droit canadien semble limitée[1691].

13. Un autre régime de responsabilité environnementale existe en *common law*, soit le *tort of public nuisance*. Ce dernier entre en jeu lorsqu'une activité interfère de manière déraisonnable avec l'intérêt du public dans les domaines de la santé, la sécurité, la moralité, le confort ou l'aisance (convenience)[1692], offrant un recours au citoyen qui souffre de conséquences distinctes de celles encourues par la collectivité (préjudice spécial ou particulier)[1693]. Le délit de nuisance publique permet donc — de façon quelque peu illogique, nous dit Lewis Klar — un recours individuel pour un trouble qui affecte une collectivité[1694]. Mais quelle est son utilité en présence de risques incertains ? La doctrine remarque que les tribunaux semblent hésitants à admettre ce recours s'il n'y a pas de faute, même si le droit d'action est fondé sur le résultat du comportement[1695]. De plus, dans les cas de pollution, les tribunaux ont interprété strictement la condition d'un préjudice spécial ou particulier en exigeant qu'il soit particulier, direct et substantiel, allant au-delà du dommage souffert par le

---

1688 Heather MCLEOD-KILMURRAY, « Hollick and Environmental Class Actions: Putting the Substance into Class Action Procedure » (2002-03) 34 *R.D. Ottawa* 263, par. 87; Allen M. LINDEN, *Canadian Tort Law,* 9e éd., Markham, LexisNexis, 2011, p. 578. [LINDEN] : la nuisance privée est un délit environnemental.

1689 LINDEN, préc., note 1688, p. 580.

1690 *Infra,* p. 23.

1691 Voir discussion *Infra,* p. 25.

1692 Lewis KLAR, *Tort Law,* 5e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 747.

1693 *Id.,* p. 748; LINDEN, préc., note 1688, p. 574.

1694 Lewis KLAR, préc., note 1692, p. 749-50. Linden remarque toutefois que la plupart des litiges fondés sur la nuisance publique ont lieu en matière criminelle ou sont intentés par les procureurs généraux au nom de l'intérêt public : Allen M. LINDEN, préc., note 1688, p. 571.

1695 Lewis KLAR, préc., note 1692, p. 752; Allen M. LINDEN, préc., note 1688, p. 577.

public[1696]. Il semble par conséquent improbable que le délit de nuisance publique puisse trouver application dans des cas où le préjudice n'est que potentiel. Notons toutefois que l'article 103 de la Charte des droits environnementaux de 2003 de l'Ontario rend plus accessible dans cette province le recours fondé sur la nuisance publique en matière environnementale, en éliminant l'exigence de prouver un dommage distinct de celui souffert par la collectivité :

14. Aucune personne ayant subi ou pouvant subir une perte économique directe ou des lésions corporelles directes par suite d'une nuisance publique qui a porté atteinte à l'environnement ne peut se voir interdire d'intenter une action relative à la perte ou aux lésions sans le consentement du procureur général pour le seul motif qu'elle a subi ou peut subir une perte économique directe ou des lésions corporelles directes du même genre ou du même degré que d'autres personnes[1697].

15. Enfin, la *common law* canadienne a accès à un troisième régime de responsabilité en matière environnementale, The Rule in Rylands v. Fletcher[1698]. Ce délit, né au 19e siècle, vise les activités susceptibles de causer un préjudice entreprises sur la propriété du défendeur et pouvant « s'échapper » de cette propriété pour aller causer un préjudice ailleurs[1699] :

(I)f the Defendants, not stopping at the natural use of their close, had desired to use it for any purpose which I may term a non-natural use, for the purpose of introducing into the close that which in its natural condition was not in or upon it … and if in consequence of their doing so, or in consequence of any imperfection in the mode of their doing so, the (thing) came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, then it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril.

16. La condition d'usage « non-naturel » de la propriété du défendeur (non-natural use of land) complique toutefois la donne. Telle que rapportée par Klar, la jurisprudence aborde cette condition de façon variable, à la fois large et restrictive[1700]. Dans sa version large, le champ d'application de ce délit inclut toute activité qui introduit des dangers spéciaux pour le voisinage, même si l'activité est usuelle ou bénéfique[1701]. Dans sa version restrictive, on exige que l'activité,

---

1696 Lewis KLAR, préc., note 1692, p. 754-55. Lewis KLAR précise aussi que le préjudice indemnisable n'inclue probablement pas les pertes purement économiques.

1697 Charte des droits environnementaux de 2003, L.O. 1993, c. 28, art. 103.

1698 Rylands c. Fletcher, [1868] UKHL 1.

1699 Dans le cas de *Rylands* c. *Fletcher* préc. note 43, il s'agissait d'une citerne d'eau qui avait éclatée.

1700 Lewis KLAR, préc. note 1692, p. 647.

1701 *Id.*

bien que par ailleurs dangereuse, soit spéciale ou non usuelle[1702]. Par conséquent, plus l'activité est répandue, moins Rylands c. Fletcher s'applique. Dans la mesure où le principe de précaution trouve sa véritable utilité dans le contexte d'activités novatrices dont les conséquences sont encore mal connues, cette vision restrictive ne sera pas automatiquement problématique ; toutefois, l'exigence de prouver que l'activité est dangereuse, ou même simplement susceptible de causer un préjudice, constitue un obstacle à l'influence de ce principe au sein du Rule in Rylands c. Fletcher en présence d'incertitude. Enfin, notons que l'affaire britannique Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather plc[1703], en soumettant l'application de ce délit à la preuve que le type de dommage subi a été raisonnablement prévisible, réduit la portée préventive de Rylands c. Fletcher en situation d'incertitude[1704].

17. Ces exemples démontrent, en responsabilité environnementale et du fait des produits, une volonté de positionner le fardeau du risque sur les épaules de leur créateur pour le retourner, en situation d'incertitude, sur celles des victimes. Dans certains autres domaines-clés de notre étude, les tribunaux semblent encore moins préoccupés par le potentiel préventif du droit de la responsabilité civile, même lorsque le risque est connu. C'est le cas en matière de protection de la santé des citoyens par l'action étatique.

18. **État et santé : effacement des fonctions préventives?** — En matière de santé, outre le cas des produits de santé, la responsabilité de droit civil et de *common law* canadienne est fondée sur la faute. En situation de risque incertain, il est donc peu probable que l'agent ayant omis de prendre des précautions soit trouvé fautif[1705]. Par cet ancrage, l'espace disponible pour le principe de précaution est restreint, voire inexistant.

19. Une question se posant de plus en plus fréquemment en matière de protection de la santé par le droit privé concerne la responsabilité de l'État pour l'omission d'agir — par voie législative ou règlementaire, par exemple — pour protéger ses citoyens contre un risque (avéré ou non) à la santé ou à l'environnement. Un tel argument est particulièrement intéressant lorsque l'État pouvait contrôler, ou qu'il contrôle dans les faits, un tel risque découlant, par exemple, de contaminants environnementaux ou de produits nécessitant un processus d'approbation préalable à la mise en marché. Moran et coll. suggèrent même que l'on puisse reprocher à l'État l'omission d'avoir adopté une règlementation explicitement fondée sur le principe de précaution et le poursuivre sur ce

1702 *Id.* Par exemple, ce n'était pas le cas d'un réseau d'aqueduc et d'égouts dans *Tock* c. *St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181.

1703 Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather plc, [1994] 1 All. E.R. 53.

1704 Voir discussion *Infra*, p. 25.

1705 *Infra,* p. 15.

fondement en responsabilité civile[1706]. Il est donc pertinent de s'attarder brièvement à la responsabilité étatique pour l'omission de protéger ses citoyens contre des risques posés à leur santé. Qu'il s'agisse d'un risque effectivement prouvé ou d'un risque simplement soupçonné, les difficultés sont grandes.

20. La première difficulté résulte du fait que l'État bénéficie, au Québec comme en *common law* canadienne, d'une immunité partielle qui trouve application lorsqu'il exerce un pouvoir dit « politique », tels que l'adoption de législation, la prise de décision quant à l'allocation de ressources publiques limitées, l'exercice d'une discrétion exécutive ou la réconciliation d'intérêts politiques ou sociaux divergents. Cette immunité permet de nier l'existence d'un devoir de diligence (duty of care) en *common law* et protège contre la responsabilité civile en droit québécois[1707]. De rares exceptions à cette immunité existent, par exemple en cas de mauvaise foi. Par contre, si l'État agit de façon fautive dans la mise en œuvre d'une politique déjà adoptée, il est alors soumis aux règles ordinaires de la responsabilité civile[1708]. Il est par contre souvent ardu de distinguer ce qui relève du champ politique de ce qui relève de la mise en œuvre de politiques[1709]. L'évaluation des risques préalable à l'adoption – ou non – d'une règlementation tend à faire partie de la sphère politique[1710]. On remarque aussi une forte réticence judiciaire contre les réclamations fondées sur le choix de l'État de règlementer d'une certaine manière, un acte vu également comme relevant de la sphère politique[1711].

21. Bien que n'impliquant aucun risque incertain, une affaire québécoise récente procure un bon exemple de la mise en œuvre de l'immunité lorsque l'État fait des choix politiques en situation de ressources insuffisantes. Cilinger c. Centre Hospitalier de Chicoutimi[1712] traite de l'autorisation d'un recours collectif en responsabilité extracontractuelle entrepris par des femmes souffrant de cancer du sein. Ces dernières invoquaient la responsabilité du ministère de la Santé, du gouvernement et de tous les hôpitaux de la province qui offrent des services de radiothérapie pour des délais non médicalement raisonnables de plus de huit semaines entre leur chirurgie et leur traitement de radiothérapie. Elles reprochaient au gouvernement du Québec son imposition à tous les

---

1706 Voir dans le contexte des OGM, Thomas MORAN, Nola M. RIES et David CASTLE, « A Cause of Action for Regulatory Negligence? The Regulatory Framework for Genetically Modified Crops in Canada and the Potential for Regulator Liability » (2009) 6 : 1&2 *UOLTJ* 1, par. 37 [MORAN et coll.].

1707 En vertu du *C.c.Q.*, art. 1376 (« sous réserve des autres règles de droit »).

1708 C'est le cas lorsqu'il omet de faire respecter une règlementation déjà adoptée à laquelle on a contrevenu : par ex. *Bossé* c. *Hydro-Québec*, 2012 QCCS 2919 : épandage de produits chimiques par Hydro-Québec, renversé en appel sur ce point en raison de l'absence de preuve quant à cet épandage : *Hydro-Québec* c. *Bossé*, 2014 QCCA 323.

1709 Lewis KLAR, préc. note 1692, p. 317.

1710 MORAN et coll., préc., note 1706, par. 32.

1711 *Id.*, par. 37.

1712 *Cilinger* c. *Québec (Procureur général),* [2004] R.J.Q. 2943 (C.A.)*,* rejetant l'appel de *Cilinger* c. *Centre hospitalier de Chicoutimi* [2004] R.J.Q. 3083 (C.S.) et autorisant partiellement le recours.

hôpitaux d'une politique de « budget déficit zéro », invoquant les limitations ainsi imposées aux pouvoirs des hôpitaux de remplir leurs obligations de fournir les services et soins adéquats au public. Plus particulièrement, les requérantes se plaignaient de la pénurie de radiooncologues causée par les coupures importantes des budgets des hôpitaux ayant aussi empêché l'acquisition d'un nombre suffisant d'équipements requis pour la radiothérapie. Enfin, elles invoquaient le contrôle « indirect » ainsi exercé par le gouvernement sur les hôpitaux par les textes règlementaires et plans d'organisation administratifs et cliniques.

22. La Cour supérieure autorisa le recours contre les centres hospitaliers, mais le rejeta contre le gouvernement et le ministère de la Santé, un rejet confirmé par la Cour d'appel du Québec, car il visait des décisions législatives et administratives sous l'angle de leur rectitude et de leur opportunité. Puisque les arguments des requérantes portaient sur le rôle de l'État et de ses organismes dans le cadre de la loi, le recours visait à démontrer que le gouvernement avait eu tort dans ses choix politiques parce qu'il aurait dû accorder une plus grande priorité à la lutte au cancer[1713]. La Cour d'appel est d'avis que les tribunaux ne peuvent pas s'immiscer dans ce domaine. Notant que c'est le cadre législatif et réglementaire mis en place pour baliser l'utilisation des ressources et faire échec aux dépassements budgétaires qui est attaqué par le recours, elle ajoute : « Ces décisions sont à la fois discrétionnaires et souvent le résultat des inévitables arbitrages des agents de l'État entre les différents enjeux sociétaux. Il est donc incontestable, comme l'a décidé le premier juge, que le débat se situe dans la sphère politique et est, par conséquent, soustrait à l'action des tribunaux »[1714].

23. En *common law*, cette immunité partielle joue de la même façon, quoiqu'elle soit débattue dans le cadre de la détermination de l'existence d'un devoir de diligence sous le tort of negligence. Par exemple, dans Attis c. Canada, la Cour supérieure de l'Ontario refuse d'imposer un devoir de diligence à Santé Canada suite à une allégation de négligence dans la règlementation des implants mammaires vu son omission de les prohiber[1715]. La Cour d'appel confirme cette décision, mais la justifie plutôt par l'absence de proximité entre les parties, observant qu'imposer un devoir de diligence de droit privé à Santé Canada interfèrerait avec son mandat public visant à établir des priorités en santé. Ces dernières années, la reconnaissance d'un devoir de diligence de la part de l'État pour n'avoir pas adéquatement protégé la santé de ses citoyens tend en effet à être plutôt mise en péril par l'absence d'une relation de proximité entre l'État et une victime individuelle, particulièrement lorsque la reconnaissance d'un tel devoir entrerait en conflit avec ses devoirs envers le public en général, s'il y a lieu. Il pourrait cependant y avoir proximité si la législation reconnait un tel devoir ou si les faits établissent qu'une relation particulière s'est développée au moment pertinent

1713 *Id.,* par. 12.

1714 *Id.,* par. 16. Voir aussi *Tonnelier* c. *PG (Québec),* 2012 QCCA 1654, par. 73, 83 et 87.

1715 *Attis* c. *Canada (Health),* 2008 ONCA 660 (CanLII)., permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée.

entre l'État et un citoyen ou un groupe de citoyens (par exemple, l'État a personnellement connaissance des circonstances de la victime ou lui a fait des représentations, ou a pris des engagements au bénéfice d'un citoyen ou d'un groupe de citoyens, ou a participé à l'acte dommageable)[1716]. Puisque l'acte de légiférer ou de règlementer est habituellement accompli dans l'intérêt général, l'on doute qu'un devoir puisse exister envers un groupe ou un citoyen particulier[1717] lorsque l'absence de règlementation est mise en cause[1718].

24. On constate donc les obstacles à l'imposition à l'État d'obligations de prévention contre des risques à la santé connus par le biais des règles de responsabilité civile. Prétendre que l'État a l'obligation de protéger ses citoyens contre des risques soupçonnés, mais incertains ne peut que rencontrer, *a fortiori*, les difficultés décrites. Reste maintenant à cibler un peu plus l'analyse en se questionnant sur la capacité des conditions de la responsabilité civile à admettre le principe ou à se transformer pour lui faire une place.

B. Espace au sein des conditions de la responsabilité

25. **Faute —** Le concept de faute en droit civil québécois et en *common law* canadienne laisse en théorie peu de place à l'imposition d'une prise de précaution en situation d'incertitude. Cela est dû principalement à l'importance accordée à la prévisibilité raisonnable du préjudice comme condition d'existence de la faute et au fait que la faute s'évalue en fonction des connaissances existantes à l'époque pertinente[1719]. Omettre de prendre des précautions contre un préjudice hypothétique ou contre une possibilité seulement soupçonnée n'est donc pas fautif[1720]. Toutefois, selon Baudouin et coll., la prévisibilité exigée n'a pas à être absolue, seulement relative ou raisonnable, ou raisonnablement probable[1721], ce qui semble exclure le risque incertain. D'ailleurs, ces auteurs sont d'avis que si le principe de précaution était admis en responsabilité civile, il

---

1716 Sauer c. Canada (AG), 2007 ONCA 454 (demande de permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée) : requête en radiation d'allégations rejetée car le Canada avait fait des représentations publiques à l'effet qu'il règlementerait les aliments pour le bétail afin de protéger les fermiers commerciaux. Aussi : Mitchell Estate c. Ontario, 2004 CarswellOnt 3017.

1717 MORAN et coll., préc. note 1706, par. 27.

1718 Voir pour des problèmes similaires quant aux devoirs en droit privé de l'État en matière de protection de l'environnement : *Tottrup c. Lund,* 2000 ABCA 121. On y alléguait le devoir de l'État de prévenir, contrôler, réduire ou interrompre la pollution et l'inondation de Atim Creek et de Big Lake en Alberta, le devoir de superviser et d'imposer le respect des permis et licences émises en vertu des lois protégeant l'environnement, et le devoir d'imposer le respect de ces lois et des règlements adoptés en vertu de celles-ci (par. 18). La Cour d'appel conclut à l'absence de devoir statutaire de l'État (j. Conrad, par. 17), au caractère discrétionnaire protégé par l'immunité étatique des décisions en jeu (j. Conrad, par. 25; j. Berger, par. 49), et à l'absence de proximité (j. Conrad, par. 27, 33; j. Berger, par. 63 : devoir envers le public en général).

1719 *ter Neuzen* c. *Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674 [*ter Neuzen*].

1720 BAUDOUIN et coll., Vol. 1, préc., note 1684, par. 1-179.

1721 *Id.*, par. 1-195.

instaurerait une responsabilité objective pour risques inconnus[1722]. Quant à la *common law* canadienne, la doctrine y suggère d'évaluer le caractère raisonnable de la conduite du défendeur sous l'angle du risque raisonnable ou déraisonnable de préjudice[1723], invitant le décideur à juger de ce caractère raisonnable par le biais d'une analyse risque-bénéfice mettant en balance la probabilité de réalisation du dommage, la sévérité de ses conséquences et le fardeau qu'impose la prise de précaution. Il y a dans cet exercice une certaine place pour la prise en compte de l'incertitude. En effet, plus la sévérité du dommage potentiel est grande et plus la prise de précaution n'impose qu'un faible fardeau à l'acteur, moins on requerra que le dommage ait été probable aux yeux de la personne raisonnable[1724]. La porte est donc possiblement ouverte à l'imposition de précautions contre le dommage de faible probabilité, mais il est douteux qu'on aille jusqu'à inclure le risque incertain.

26. Le principe de précaution fait sa marque dans la législation interne canadienne[1725] dans le cadre de la gestion par les pouvoirs publics des risques environnementaux ou posés à la santé humaine. Peut-on argumenter que ces normes législatives doivent influencer l'appréciation de la faute civile dans ces contextes particuliers? En *common law* canadienne, où il n'existe aucun délit de contravention à une norme législative, déroger à ces obligations n'équivaut pas automatiquement à une faute civile, sauf si la législation en question le prévoit[1726]. Bien que cette analyse relève de la discrétion judiciaire, il est logique et réaliste de penser qu'une contravention à une norme législative de précaution en présence d'incertitude joue un rôle dans l'évaluation du caractère raisonnable du comportement de l'acteur. Cela place toutefois le décideur devant une contradiction difficile à résoudre puisque, normalement, l'incertitude des risques milite contre la reconnaissance d'une faute. Quant au droit civil québécois, on y considère que la violation d'une norme élémentaire de prudence imposée par la loi est une faute, mais son respect n'exclut pas automatiquement la responsabilité[1727]. Il faut donc se demander si une obligation législative de précaution pourrait constituer une telle norme élémentaire de prudence.

27. Le concept de faute est en mouvance constante et se doit d'évoluer au gré des changements sociaux[1728] et de l'acquisition de nouvelles connaissances. Une avenue additionnelle

---

1722 *Id.*, par. I-179.

1723 Lewis KLAR, préc. note 1692, p. 355.

1724 Overseas Tankship (UK) Ltd c. The Miller Steamship Co Pty (The Wagon Mound No.2), [1966] 2 W.L.R. 877.

1725 Voir TRUDEAU, préc., note 1672, p. 466. Par exemple : *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale,* L.C. 2012, c. 19, art. 4(2); *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition,* L.O. 2007, c. 6, art. 11; *Loi sur la protection et la promotion de la santé,* L.R.O. 1990, c. H-7, art. 77.7; *Loi sur la qualité de l'environnement,* préc., note 1685, art. 31.76 et 31.102.

1726 *Morin* c. Blais, [1977] 1 R.C.S. 570 [Morin]; *The Queen* c. *Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205.

1727 *Morin,* préc. note 1726, p. 580; BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 1684, par. 1-191.

1728 BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 1684, par. 1-165.

pour le principe de précaution est d'invoquer cette adaptabilité théorique. Dans notre société anti-risques contemporaine, peut-on donc envisager que la personne raisonnable se préoccupe aujourd'hui plus que jamais des risques non avérés, mais soupçonnés, qui pourraient mettre en péril de façon irrémédiable la santé des populations et l'environnement ? Déjà, en 2002, Hélène Trudeau demandait : « … devant une situation qui implique des risques incertains pour l'environnement, rien n'empêche l'acteur social directement concerné (qu'il s'agisse d'un industriel, d'un scientifique, d'un agriculteur ou même d'un chercheur) de tenir compte de ces risques plutôt que de les ignorer »[1729]. Elle envisageait en outre que, vu les objectifs indemnitaires de ce champ de droit, la faute soit assez souple pour être colorée par le principe de précaution, tout en reconnaissant que ce n'était pas l'état du droit canadien et québécois[1730]. L'affirmation vaut toujours, et la porte est ouverte.

28. Causalité — Le traitement judiciaire de la causalité incertaine est un large champ que nous avons étudié depuis 1998 dans le contexte médical[1731]. Les tribunaux québécois ont maintes fois repris les enseignements de la Cour suprême du Canada[1732] quant à la nécessité de faire montre d'une certaine flexibilité dans l'évaluation de la causalité médicale et rappellent que la causalité juridique ne nécessite pas une certitude ou précision scientifique, mathématique ou médicale[1733]. Il y a cependant un fossé entre ces vœux et la réalité judiciaire. Bien qu'à certaines périodes, les tribunaux canadiens aient fait preuve de générosité envers les demandeurs aux prises avec des incertitudes causales scientifiques, la Cour suprême du Canada les a vite rappelés à l'ordre. Sans faire une revue historique de cette question, mentionnons seulement la position récente de la Cour suprême du Canada quant à l'approche la plus intéressante pour nos fins, soit la possibilité de trouver la causalité prouvée (ou de la présumer) sur le fondement de la création ou l'augmentation fautive d'un risque par le défendeur[1734].

1729 TRUDEAU, préc., note 1672, p. 501.

1730 *Id.*, p. 523.

1731 Par ex. : Lara KHOURY, « Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale » (2014) 59-4 *R.D. McGill* 989; Lara KHOURY, « Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France » (2008) 124 *Law Quarterly Review* 103; Lara KHOURY, « Causation and Health in Medical, Environmental and Product Liability » (2007) 25-1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 135; Lara KHOURY, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 [KHOURY 2006].

1732 *Laferrière* c. *Lawson,* [1991] 1 R.C.S. 541 [*Laferrière*]; *Snell* c. *Farrell,* [1990] 2 R.C.S. 311, 328 [*Snell*]; *Martel* c. *Hôtel-Dieu de St. Vallier,* [1969] R.C.S. 745, 749.

1733 Par ex., *C.L.* c. *St-Arnaud,* 2011 QCCS 2360, par. 238 et 240. Appel rejeté, 2013 QCCA 981; *Brouillet* c. *Brouillet*, [2003] R.R.A. 139, par. 39; *Laforce* c. *Dumont* (2003) JQ no 4945 (C.A.), par. 9; *Chouinard* c. *Robbins*, [2002] R.J.Q. 60, par. 57-58 et 81 (j. Rochette, dissident sur une autre question); *Wolkove* c. *Harewood-Greene*, [2000] R.R.A. 864, par. 64; *Martel* c. *Hôtel-Dieu de St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Dodds* c. *Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623, 2627 (j. Money, partiellement dissident); *Houde* c. *Côté*, [1987] R.J.Q. 723, 728; *Lapointe* c. *Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619, 2643, question non discutée en appel, [1992] 1 R.C.S. 351; *Boothman* c. *Poirier,* B.E. 2005BE-380 (C.S.).

1734 Nous passerons en effet sous silence l'utilisation de la perte de chance, qui a aussi sa pertinence dans le cadre de notre discussion, simplement parce que cette technique est rejetée fermement en droit civil québécois et en *common law* canadienne depuis 1991 : *Laferrière*, préc., note 77.

Probablement pour réagir à des décisions de la Cour d'appel du Québec utilisant ce raisonnement[1735], la Cour suprême du Canada s'oppose en 2002 explicitement dans St-Jean c. Mercier[1736] à la possibilité de présumer la causalité sur la base du fait que le défendeur a créé un risque et que le préjudice a été subi dans l'aire du risque créé. Elle laisse par le fait même entendre que les seules présomptions judiciaires possibles sont celles permises par l'article 2849 du Code civil du Québec, c'est-à-dire les présomptions de fait basées sur l'évaluation discrétionnaire de la preuve par le juge[1737]. À la même époque, sans doute sous l'influence de ce jugement pourtant fondé sur le droit civil québécois[1738], les tribunaux de *common law* abandonnent une pratique de certaines cours d'appel provinciales à l'effet d'admettre que l'augmentation appréciable d'un risque puisse servir de fondement à une inférence de causalité[1739]. Par la suite, la Cour suprême du Canada continue de s'éloigner des tendances à relaxer la preuve du lien de causalité en situation d'incertitude, non sans quelques confusions et revirements.

29. Dans l'affaire de *common law* Resurfice Corp. c. Hanke[1740], la Cour suprême du Canada laisse en effet entendre qu'un test de causalité plus généreux que celui du facteur déterminant[1741], fondé sur l'exposition à un risque[1742], puisse être utilisé à certaines conditions en présence d'incertitude scientifique. Elle restreint en effet cette approche aux cas où il est impossible pour le demandeur de prouver au moyen du test du facteur déterminant que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice en raison de facteurs qui échappent au contrôle du demandeur, par exemple, les limites de la science[1743]. Parce qu'une telle approche permet de trouver un défendeur responsable pour avoir augmenté de façon appréciable un risque dans des contextes où le lien de causalité est incertain, elle s'approche du principe de précaution et fait un pas vers l'admissibilité du risque comme préjudice. Cet *obiter* souleva toutefois de nombreux débats et, par la suite, les tribunaux appliquèrent restrictivement l'exigence d'impossibilité de preuve. Ils rappelèrent, par exemple, que le fait que la théorie de causalité du demandeur soit difficile à prouver ou que les parties aient présenté des théories divergentes n'est pas une base suffisante pour faire exception au

---

1735 Voir KHOURY 2006, préc. note 76, p. 172-174.

1736 *St-Jean* c. *Mercier*, 2002 CSC 15 [*St-Jean*].

1737 *Id.*, par. 116. Voir cependant *St-Germain* c. *Benhaim,* 2014 QCCA 2207 [*Benhaim*].

1738 Quelques jugements acceptent d'ailleurs explicitement *St-Jean* comme l'autorité en la matière, voir par ex.: *Allen* c. *University Hospitals Board*, 2002 ABCA 195; *Jackson* c. *Kelowna General Hospital*, 2006 BCSC 279, par. 33; *McPherson* c. *Bernstein*, (2005) 139 ACWS (3d) 780, par. 205; *O'Grady* c. *Stokes*, 2005 ABQB 247, par. 123.

1739 Les arrêts procédant de la sorte tendent à trouver appui sur un énoncé de *Snell* c. *Farrell* à l'effet que le juge puisse tirer une inférence de causalité de la preuve, basée sur le « bon sens » (*common sense*), même en l'absence d'une preuve positive ou scientifique de celle-ci : *Snell*, préc., note 1732, par. 45.

1740 *Hanke* c. *Resurfice Corp*, 2007 CSC 7 [*Resurfice*].

1741 Ou « but-for test », un test fondé sur la nécessité.

1742 La Cour indique qu'il doit être clair que le défendeur a manqué à une obligation de diligence envers le demandeur, l'exposant ainsi à un risque de préjudice déraisonnable, et que le demandeur doit avoir subi le type de préjudice en question. En d'autres termes, le préjudice causé au demandeur doit découler du risque créé par le manquement du défendeur : Resurfice, préc., note 1740.

1743 *Id.,* par. 25.

test du facteur déterminant[1744]. De plus, St Jean c. Mercier continua d'être accepté par les tribunaux de *common law* même après Resurfice[1745]. Cette réaction prudente à Resurfice c. Hanke se précise au sein même de la Cour suprême du Canada en 2012, dans Clements c. Clements[1746]. La Cour y affirme notamment que la condition d'impossibilité de preuve ne s'applique que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer ce qui a causé le préjudice, notamment, à son avis, lorsqu'il est impossible de prouver ce qu'une personne particulière aurait fait en l'absence de faute[1747] et dans les cas posant des problèmes de causalité alternative[1748] impliquant une pluralité de défendeurs fautifs[1749]. La Cour suprême admet donc le recours au concept de contribution appréciable au risque, mais seulement dans deux cas très précis et rarissimes, mettant en cause une incertitude qui n'est plus désormais scientifique. Retour à la case de départ.

30. Quant à la jurisprudence québécoise en matière de causalité environnementale, elle est limitée et ne comporte pas nécessairement des situations d'incertitude[1750]. En *common law*, les auteures McLeod-Kilmurray et Collins notent qu'en raison du haut degré d'incertitude scientifique associé à plusieurs substances chimiques, la preuve de la causalité est souvent impossible et constitue un obstacle majeur[1751]. Elles observent une tendance en responsabilité environnementale à adopter une certaine « présomption d'innocence » qui décourage la recherche rigoureuse et avantage les créateurs de risques incertains[1752]. Elles observent aussi une confusion à l'égard de la décision Resurfice c. Hanke et une hésitation à l'appliquer en responsabilité environnementale[1753]. Bien que se réjouissant, dans un article écrit avant la décision Clements c. Clements, de la possibilité d'utiliser un test de causalité fondé sur l'augmentation du risque en présence d'incertitude, elles reconnaissent que l'incertitude empêche bien souvent de prouver qu'il y a bel et bien une augmentation appréciable du risque, tel que le requiert Resurfice[1754]. Comme mentionné, la décision de 2012 de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Clements limite désormais considérablement cette option[1755].

1744 *Rollin* c. *Baker*, 174 ACWS (3d) 273.

1745 Voir par ex. *H(VA)* c. *Lynch*, 2008 ABQB 448.

1746 *Clements* c. *Clements* 2012 SCC 32.

1747 Illustré par l'affaire *Walker Estate* c. *York Finch General Hospital*, 2001 SCC 23.

1748 Voir par ex. *Barker* c. *Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, par. 51; *Monks* c. *ING Insurance Co of Canada,* 2008 ONCA 26 par. 86; *Jackson* c. *Kelowna General Hospital*, préc., note 1738. Un auteur réfère à la causalité alternative par l'expression causalité « circulaire »: E. S. KNUTSEN, « Causal Draws and Causal Inferences: A Solution to Clements v. Clements (and Other Causation Cases) » (2011) 39 *Advocates' Q.* 241.

1749 Ou lorsque deux chasseurs tirent fautivement en direction de la victime, mais qu'une seule balle l'atteint sans qu'on puisse déterminer de quel défendeur elle provient : *Cook* c. *Lewis*, [1951] R.C.S. 830 [*Cook*]. Au Québec, cette situation est prévue à 1480 C.c.Q. qui renverse le fardeau de preuve sur les défendeurs.

1750 Par ex.: *Boucher* c. *Pohénégamook (Ville de),* 2012 QCCS 2362, par. 104 et suiv.

1751 Lynda COLLINS et Heather MCLEOD-KILMURRAY, *The Canadian Law of Toxic Torts,* Toronto, Canada Law Book, 2014, p. 111 [COLLINS ET MCLEOD-KILMURRAY 2014].

1752 Lynda COLLINS et Heather MCLEOD-KILMURRAY, « Material Contribution to Justice? Toxic Causation after Resurfice Corp. v. Hanke » (2010) 48 *Osgoode Hall Law Journal* 411, par. 2 [COLLINS ET MCLEOD-KILMURRAY].

1753 *Id.*, par. 65 et suiv.

1754 *Id.*, par. 17 et suiv. et 60.

1755 *Supra,* p. 15.

31. McLeod-Kilmurray argumente avec intelligence que plus l'incertitude causale est grande et moins important est le fossé entre le juge et le scientifique, plus le juge devrait jouir d'une liberté décisionnelle et pouvoir prendre des décisions basées sur des politiques générales, du moins en matière de gestion des risques[1756]. Cette idée intéressante ne se vérifie cependant pas tout à fait en jurisprudence. Par exemple, la décision de 2012 de la Cour supérieure du Québec dans Spieser c. Canada (P.G.) [1757] démontre que surmonter les difficultés causales en responsabilité environnementale est une tâche ardue. Ce recours collectif en responsabilité civile et trouble de voisinage fut intenté suite à un déversement de TCE (trichloréthylène) causé par l'action des forces armées canadiennes qui avait contaminé la nappe phréatique et les puits d'alimentation en eau potable des résidents de la municipalité de Shannon. Cette affaire mettait notamment en cause le lien de causalité entre un nombre allégué comme étant anormalement élevé de cancers, maladies et autres malaises d'anciens et actuels résidents. 23 témoins experts avaient été entendus, notamment sur des questions de toxicologie, toxicologie moléculaire, épidémiologie, oncologie et médecine. La Cour supérieure, dans un jugement de 142 pages, remarque l'existence d'un consensus scientifique non concluant suggérant la probabilité d'un lien avec le cancer du rein, et une possibilité seulement de lien avec le cancer du foie et le lymphome non-hodgkinien. Il n'y avait par contre aucun excès dans les taux de ces cancers à Shannon par rapport à l'ensemble de la population canadienne[1758]. La Cour souligne que l'on ne doit pas confondre les notions de preuve scientifique et de consensus scientifique et que le litige ne doit pas se décider en fonction d'un consensus scientifique, mais plutôt selon la prépondérance des probabilités qui exige plus qu'une simple possibilité[1759]. Après une revue exhaustive de la preuve scientifique présentée par les nombreux experts, la Cour conclut toutefois que la preuve ne démontre pas que les déversements puissent être la cause d'un nombre anormalement élevé de cancers, maladies ou autre malaises allégués, que ce soit par preuve directe ou par présomptions[1760]. Les outils du droit de la preuve ne permirent donc pas de surmonter les limites – pour les requérants – de la preuve scientifique[1761].

32. Enfin, la présomption de causalité établie par la Cour suprême du Canada dans Morin c. Blais pourrait se révéler utile en situation d'incertitude. Lorsqu'une faute civile consistant en la

---

1756 Heather MCLEOD-KILMURRAY, « Placing and Displacing Science : Science and the Gates of Judicial Power in Environmental Cases » (2009) 6, 1&2 *UOLTJ* 25, par. 21 [MCLEOD-KILMURRAY 2009].

1757 *Spieser* c. *Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 2801 [*Spieser*]. Recours collectif autorisé en 2007. L'action est accueillie quant au fait que la contamination a rendu les puits privés inutilisables.

1758 *Id.*, par. 21-23.

1759 *Id.*, par. 543-544, 547 et 551, citant *Laferrière*, préc., note 1732.

1760 *Id.*, par. 698-699.

1761 La décision est critiquée pour le traitement que la Cour fait de la preuve scientifique : Marie-Ève ARBOUR, « Commentaire sur la décision *Spieser c. Canada (Procureur général)* – Solstice judiciaire au jour de l'incertitude d'un rapport causal » (2012) Repères; *Spieser* c. *Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 2801.

contravention à une disposition règlementaire exprimant une norme élémentaire de prudence « est immédiatement suivie d'un accident dommageable que la norme avait justement pour but de prévenir », la Cour considère raisonnable de présumer, sous réserve d'une démonstration ou d'une forte indication du contraire, qu'il y a un rapport de causalité entre la faute et l'accident[1762]. En responsabilité médicale et environnementale, certaines décisions refusent toutefois d'avoir recours à cette présomption de causalité. Dans Zanchettin c. Demontigny[1763], elle fut invoquée parce que des directives en matière de réanimation n'avaient pas été suivies. La Cour d'appel du Québec écarte son application car la norme en jeu n'était pas une norme élémentaire de prudence, n'ayant pas de caractère impératif et n'ayant pas été édictée pour prévenir les dommages neurologiques subis dans cette affaire[1764]. Dans Nadon c. Montréal (Ville de), la Cour supérieure refusa de l'appliquer car la contravention alléguée à une norme réglementaire visant le contrôle de l'herbe à poux ne fut pas immédiatement suivie de l'accident qu'elle tentait de prévenir : le préjudice allégué, une réaction allergique, s'était en effet développé graduellement[1765].

33. Mentionnons brièvement que si l'incertitude affecte la détermination de l'identité du défendeur qui a causé le préjudice parmi plusieurs défendeurs fautifs, cette situation de « causalité alternative » est remédiée depuis longtemps en droit canadien. En *common law*, on retenait depuis 1951 la responsabilité solidaire des défendeurs, transférant sur leurs épaules le fardeau de s'exonérer[1766], mais Clements c. Clements les trouve désormais responsables sur le fondement de leur contribution appréciable au risque[1767]. En droit civil québécois, l'article 1480 C.c.Q. permet de renverser le fardeau de prouver l'absence de lien de causalité sur les épaules des défendeurs fautifs et de les trouver responsables solidairement s'ils ne réussissent pas à se décharger de cette tâche.

34. Enfin, soulignons l'importance que la théorie anglo-saxonne de la prévisibilité raisonnable dans l'évaluation de ce qu'on appelle communément la « causalité juridique »[1768] en *common law*. Cette théorie a également une certaine influence en droit civil québécois, bien que les jugements n'y réfèrent pas systématiquement[1769]. Condition de la responsabilité pour le délit de négligence, elle exige que le « type » de préjudice survenu ait été raisonnablement prévisible pour le

1762 *Morin,* préc. note 1726, 580.

1763 *Zanchettin* c. *Demontigny*, [2000] R.R.A. 298 (C.A.) [*Zanchettin*].

1764 *Id.*, par. 79 et 80.

1765 *Nadon* c. *Montréal (Ville de)*, [2008] R.R.A. 186 (C.S.), par. 287; appel rejeté : *Nadon* c. *Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2221 [*Nadon*-CA].

1766 *Cook*, préc., note 1749.

1767 Supra, p. 15. Le droit canadien et québécois ne retient pas la théorie de la responsabilité proportionnelle aux parts de marché (market-share liability).

1768 Aussi nommé legal causation ou absence of remoteness.

1769 BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 1684, par. 1-688. Par ex. : *Caneric Properties* c. *Allstate Compagnie d'Assurance*, [1995] R.R.A. 296, par. 22 (C.A.). Notons toutefois que la prévisibilité du préjudice est exigée en matière de responsabilité contractuelle : C.c.Q., art. 1611.

défendeur. Elle est d'application théoriquement libérale en ce sens qu'elle ne requiert pas que la manière dont le préjudice est survenu ou son étendue ait été raisonnablement prévisible[1770]. On a même dit qu'une possibilité éloignée (remote possibility) était suffisante[1771]. L'application jurisprudentielle de ce test varie cependant et serait, selon certains, influencée par des agendas de politique générale[1772]. Malgré cela, il est difficile d'affirmer sans analyse de l'ensemble des applications judiciaires de ce test qu'il puisse englober le risque incertain. D'un point de vue théorique, du moins, cela ne semble pas être le cas. L'extension de cette condition aux délits de nuisance et à Rylands c. Fletcher par l'affaire britannique Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather plc[1773] met clairement en péril l'applicabilité en situation d'incertitude de ces outils puissants pour la protection de l'environnement. Cambridge Water Co. démontre d'ailleurs par ses faits particuliers la difficulté à mettre en œuvre ce délit dans les cas où un risque incertain est en jeu[1774]. Dans le contexte de ses activités, un solvant avait coulé sur le sol de béton d'une tannerie. Plusieurs années plus tard, on découvrit que la source d'eau utilisée par le demandeur avait été contaminée par le solvant qui s'était faufilé à travers le sol de béton, puis sous la terre, jusqu'à la source d'eau souterraine. Cette conséquence particulière n'étant pas raisonnablement prévisible pour le défendeur au moment de la contamination, la Chambre des Lords jugea Rylands v. Fletcher inapplicable[1775], mettant ainsi clairement en doute son utilité en situation de danger soupçonné, mais incertain. On ne fait toutefois que peu référence à cette affaire en jurisprudence canadienne[1776].

35. Préjudice — Quant au préjudice, le dommage hypothétique ou éventuel, dont la réalisation reste trop improbable, ne peut être indemnisé[1777], bien que le droit civil québécois admette l'indemnisation de la perte purement[1778] psychologique qui pourrait théoriquement inclure la crainte d'un préjudice futur pourvu qu'elle soit en relation directe avec la faute ou le fait générateur de responsabilité. Le préjudice doit être certain, mais cette certitude ne nécessite qu'une simple probabilité[1779]. Par exemple, dans Berthiaume c. Val Royal Lasalle Ltée[1780], un recours invoquant un

---

1770 *Hughes* c. *Lord Advocate*, [1963] A.C. 837.

1771 Overseas Tankship (UK) Ltd c. The Miller Steamship Co (Wagon Mound (No. 2)), [1967] 1 A.C. 617.

1772 L. KLAR, préc., note 1692, p. 495.

1773 Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather plc, [1994] 1 All. E.R. 53.

1774 Voir aussi : B. PARDY, préc., note 1674, 67 et 68.

1775 La Cour étendait ainsi à Rylands v. Fletcher le critère d'absence of remoteness applicable au droit des nuisances : Rylands v. Fletcher, préc., note 43.

1776 Par ex. : *Smith Bros. Excavating Windsor Ltd.* c. *Camion Equipment & Leasing Inc. (Trustee of)* (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 113 (Ont. C.J., Gen. Div.); *Blatz* c. *Impact Energy Inc.,* 2009 ABQB 506, par. 5. On l'exclut dans *Smith* c. *Inco Ltd.,* 2010 ONSC 3790, par. 58, appel accueilli : *Smith* c. *Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée. Voir aussi : Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts,* 4e éd., Toronto, Irwin Law, 2011, p. 349.

1777 C.c.Q., art. 1611 et BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 1684, par. 1-356 et 358.

1778 C'est-à-dire qui ne découle pas d'un préjudice corporel ou moral.

1779 BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 29, par. 1-357; Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, n° 64 [GARDNER].

lien entre la mousse isolante d'urée-formaldéhyde (MIUF) utilisée dans les années 1970 comme isolant résidentiel et des dommages à la santé résultant de vapeurs toxiques et de la poussière microscopique provenant de cette mousse, la Cour supérieure du Québec rejette une réclamation pour risque augmenté de développer un cancer, car l'exposition à ce risque n'avait pas été prouvée; la preuve était en fait à l'effet contraire[1781]. La Cour d'appel confirme, rappelant que la création d'un risque de dommage ou la perte d'une chance d'éviter un risque de dommage n'est pas indemnisable en droit québécois en vertu de Laferrière c. Lawson. Seul un véritable et sérieux risque de dommage qui cause une perte actuelle et certaine peut être indemnisé[1782].

36. En *common law*, les pertes purement psychologiques sont difficilement recouvrables si elles ne qualifient pas de maladie psychiatrique[1783]. De plus, une affaire refuse de certifier un recours collectif en matière environnementale en invoquant le fait que le risque de préjudice futur ne peut être recouvré[1784]. La cancérophobie ou le coût des tests médicaux de surveillance ne semblent pas non plus recouvrables dans ce ressort[1785].

II. Actions et mesures préventives

37. Deux outils procéduraux se révèlent de précieux alliés théoriques du droit de la responsabilité civile en matière de protection de la santé et de l'environnement. Mais leur mise en œuvre permet-elle véritablement la poursuite de fonctions préventives? Cette section s'intéresse au rôle des règles de preuve dans l'affrontement de l'incertitude en matière de risques (A). Elle décrit brièvement l'injonction comme sanction des troubles de voisinage, pour porter son attention sur l'utilisation du recours collectif en matière de protection de la santé et de l'environnement (B)[1786].

1780 *Berthiaume* c. *Val Royal Lasalle Ltée,* [1992] R.J.Q. 76 (C.S.) [*Berthiaume*-CS], appel rejeté : *Berthiaume* c. *Réno-dépôt inc*., [1995] R.J.Q. 2796 (C.A.) [*Berthiaume*-CA].

1781 *Berthiaume*-CS, préc., note 125, 172.

1782 *Berthiaume*-CA, préc., note 1780, 157 et 58.

1783 *Healey* c. *Lakeridge,* 2011 ONCA 55 [Healey].

1784 *Dow Chemical Company* c. *Ring, Sr.,* 2010 NLCA 20, par. 58 [*Ring*]. Permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée.

1785 John G. FLEMING, *The Law of Torts,* 9e éd., North Ryde, LBC Information Services, 1998.

1786 En outre, voir sur le statut des associations en matière de protection de l'environnement au Québec : C.p.c., art. 55 et *Comité des citoyens de la Presqu'ile-Lanaudière* c. *Québec (Procureur général)*, [2005] n° AZ-50328833, par. 13-17 (C.S.) et *Union québécoise pour la conservation de la nature* c. *Québec (Gouvernement du)*, [2005] n° AZ-50290090, (C.S.). Voir aussi sur le rôle des personnes morales comme représentantes dans le cadre de recours collectifs : C.p.c., art. 1048 et *Conseil pour la protection des malades* c. *Fédération des médecins spécialistes du Québec,* 2006 QCCS 3564; l'appel accueilli en partie ne porte pas sur ce point : *Conseil pour la protection des malades* c. *Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2007 QCCA 247.

A. Incertitude et preuve

38. Des différences notables existent entre la France et le Canada dans le traitement probatoire de l'incertitude des risques. Dans le contexte canadien, la présence d'incertitude scientifique risque souvent de mener à un règlement ou à un abandon de la poursuite entreprise. C'est sans doute ce qui explique que nous ayons un contentieux de gestion de l'incertitude en responsabilité civile très restreint par rapport à celui qui existe en France. De plus, une différence importante réside dans le fait que le standard de preuve britannique de la prépondérance des probabilités, adopté à travers le pays et codifié au Code civil du Québec,[1787] est en soi un important outil de gestion de l'incertitude. En ne requérant qu'une probabilité simple pour considérer un fait comme prouvé, ce standard accepte de façon inhérente une grande part d'incertitude et diminue la nécessité de développer des règles substantielles pour la surmonter. Par hypothèse toutefois, les situations que nous envisageons sont si marquées par l'incertitude que même la prépondérance de preuve n'est pas rencontrée.

39. Le rôle accordé en droit canadien et québécois aux experts dans l'évaluation de la faute en présence de données scientifiques, inévitable en matière de santé et de protection de l'environnement, rend encore moins probable l'imposition de prise de précaution en présence de risques incertains. En effet, la jurisprudence constante des tribunaux canadiens, en *common law* comme en droit civil, veut qu'en cas de preuve contradictoire des experts sur la faute lorsque l'évaluation de celle-ci requiert des connaissances techniques ou scientifiques, le juge, profane, ne puisse s'immiscer pour trancher des débats, désaccords ou controverses scientifiques[1788]. Son autonomie est donc limitée dans le cadre de l'évaluation de la faute technique ou scientifique. Cette déférence envers les conclusions de la science a été critiquée de façon plus générale par McLeod-Kilmurray[1789], qui observe que les juges ont toujours travaillé avec une preuve scientifique complexe malgré leur manque d'expertise, que ce soit en matière de dommages corporels, de droit des brevets, de responsabilité médicale ou de droit pharmaceutique[1790].

40. Par contre, dans l'évaluation de la causalité, la Cour suprême du Canada énonce clairement l'obligation du juge de traiter la causalité comme étant une notion essentiellement juridique et l'exigence de trancher tout débat, même scientifique, en la matière :

1787 C.c.Q., art. 2803.

1788 *ter Neuzen,* préc., note 1719.

1789 MCLEOD-KILMURRAY 2009, préc., note 1756, par. 3.

1790 *Id.,* par. 18.

41. Le principe de la neutralité judiciaire a sa place dans l'analyse de la faute. Les tribunaux n'ont pas à prendre position entre des théories médicales divergentes, mais reconnues touchant les pratiques professionnelles acceptables ou un diagnostic approprié. Dans Lapointe, précité, p. 363, le juge L'Heureux-Dubé affirme qu'« un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées » (je souligne). Cependant, on ne doit pas invoquer la neutralité sur des questions de causalité et s'abstenir ainsi de déterminer si le lien de causalité est établi selon la norme juridique de la prépondérance des probabilités[1791].

42. Cependant, lorsque la preuve d'expert est unanime quant à l'incertitude de la cause du préjudice, le juge québécois et canadien hésite avant de conclure à l'existence du lien causal, du moins en matière médicale. Il pourrait cependant le faire s'il croit que l'opinion de l'expert est fondée sur un standard de certitude[1792] plutôt que sur la simple prépondérance de preuve exigée en droit civil québécois et en *common law* canadienne.

43. Enfin, lorsque l'incertitude de la preuve directe est telle qu'elle ne permet pas de rencontrer même le standard minimal de la prépondérance de preuve, le juge fut appelé en *common law* comme en droit civil à faire appel à des techniques de preuve (par exemple, les présomptions de fait) ou à des notions substantielles (par exemple, la perte de chance ou le concept d'augmentation du risque) pour la surmonter. Nous avons vu que certaines idées avant-gardistes, mais non moins problématiques, comme la preuve de la causalité fondée sur la contribution substantielle au risque, ont été rejetées par la Cour suprême du Canada[1793]. Quant au recours aux présomptions de fait pour prouver la faute ou la causalité, il se fait avec… précaution en matière sanitaire et environnementale[1794]. Lorsque la santé humaine est en jeu, c'est souvent la présence de causes concurrentes pouvant expliquer le préjudice qui fait échec dans ce domaine, une situation courante dans les contentieux de protection de la santé et de l'environnement. C'est d'ailleurs le sentiment de Jean-Louis Baudouin qui écrivait en 1991 que dans les affaires impliquant des dommages écologiques à large échelle, l'utilisation de présomptions de fait est d'un intérêt limité, car « the battle of experts, the multifactorial possibilities of causation, will, most of the time, impose on plaintiffs and extraordinary heavy burden and sometimes leave the court or the judge with little

1791 *St-Jean*, préc., note 1736, par. 57.

1792 Par exemple, Heather McLeod-Kilmurray observe que la science de l'épidémiologie dit avoir comme norme d'attendre la certitude avant de se prononcer et préfère les erreurs de type I (dire qu'une substance est sécuritaire alors qu'elle se révèle plus tard nocive) aux erreurs de type II (dire qu'une substance est dangereuse quand elle est en fait sécuritaire). L'auteure argumente que ceci n'équivaut pas à atteindre la certitude mais constitue plutôt une décision politique: M^CLEOD-KILMURRAY 2009, préc., note 1756, par. 13.

1793 *Supra,* p. 15.

1794 Les présomptions de fait en droit québécois répondent aux mêmes exigences qu'en droit français : C.c.Q., art. 2849.

meaningful and effective guidance »[1795]. Daniel Jutras faisait à la même époque un constat similaire : « Dans les cas où la preuve par expert est controversée …, les présomptions de fait sont donc de peu d'utilité, puisqu'il ne suffira pas d'affirmer que la faute est l'une des causes possibles »[1796].

44. Les exemples de ce constat sont nombreux et puisqu'ils sont tributaires de faits particuliers de chaque espèce[1797], nous ne mentionnons à titre illustratif que l'affaire Berthiaume c. Val Royal Lasalle Ltée[1798]. Dans le cadre de six recours en dommages contre des entrepreneurs et fabricants qui installèrent de la mousse isolante d'urée-formaldéhyde (MIUF) comme isolant dans des résidences, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec refusèrent de présumer la causalité. Les demandeurs avaient notamment allégué un dommage à leur santé résultant de vapeurs toxiques et de la poussière microscopique provenant de cette mousse. Mais d'autres facteurs pouvaient expliquer les symptômes invoqués par les demandeurs, dont l'âge de leurs maisons, la nature des murs et l'existence d'autres sources de formaldéhyde dans les maisons (foyers au gaz naturel ou foyer au bois par exemple)[1799]. Tous ces facteurs pouvaient avoir un effet sur les niveaux de formaldéhyde trouvés dans les maisons en question, qui étaient par ailleurs légèrement au-dessus des niveaux trouvés dans les maisons non isolées avec cette mousse[1800]. Pourtant, si ces sources étaient cumulatives, c'est-à-dire qu'elles s'ajoutaient au formaldéhyde qui émanait de la MIUF, ce fait n'aurait pas nécessairement dû mener à un rejet du lien causal. Les deux décisions ne précisent toutefois pas si l'action de ces sources était cumulative et d'autres difficultés expliquent en elles-mêmes le rejet de la réclamation, tel que l'absence de dommage indemnisable[1801].

B. Outils procéduraux préventifs

45. Parce que les tribunaux de *common law* sont réfractaires à accorder des dommages-intérêts pour une atteinte continue ou récurrente, considérant qu'une telle sanction équivaudrait à un

---

1795 Jean-Louis BAUDOUIN, « Toxic and catastrophic torts: A Quebec perspective », dans Frank E. MCARDLE (dir.), *Cambridge Lectures,* Montréal, Éditions Yvon Blais, 1991, 115, à la page 119.

1796 Daniel JUTRAS, « Expertise scientifique et causalité », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 897, note 24.

1797 Dans une étude de la responsabilité environnementale de droit civil effectuée en 2007, nous notions une seule affaire dans laquelle le préjudice consistait en une atteinte à la santé animale, où le tribunal se montre prêt à présumer la causalité en raison d'une coïncidence temporelle entre l'action du défendeur et le préjudice subi par l'animal et de l'absence d'autre explication du préjudice : Lara KHOURY, « Causation and Health in Medical, Environmental and Product Liability » (2007) 25 Windsor Yearbook of Access to Justice 135, 150 et suiv. Par ex. : Ferme G. Maurice c. Corporation municipale de St-Claude, [1993] R.R.A. 305 (C.S.).

1798 Dont le jugement de première instance compte 1 099 pages.

1799 *Berthiaume*-CS, préc., note 1780, 121 et 123. La Cour d'appel observe même que le formaldéhyde est produit par le corps humain: *Berthiaume*-CA, préc., note 1780, par. 153. Voir aussi *Spieser*, préc., note 1757.

1800 *Berthiaume*-CS, préc., note 125, 123.

1801 *Supra,* p. 19.

« permis de polluer »[1802], l'injonction permanente y est le recours préventif par excellence en matière de troubles de voisinage. On remarque d'ailleurs qu'elle est souvent accordée dans le domaine de la responsabilité environnementale[1803]. En droit civil québécois, la doctrine remarque que, bien que traditionnellement considérée comme un recours exceptionnel dans cette tradition, la jurisprudence est plus encline à l'accorder lorsque le trouble menace la santé ou les biens[1804]. Ce positionnement est d'importance pour notre propos : seule l'injonction interrompt l'action dommageable ou créatrice de risque[1805]. Par contre, les tribunaux de *common law* préfèrent accorder des dommages lorsqu'ils constituent une sanction appropriée[1806], par exemple en cas de préjudice personnel et matériel déjà encouru ou d'atteinte minime et circonscrite dans le temps. De plus, l'injonction est parfois refusée pour des raisons liées à la réconciliation nécessaire entre les intérêts opposés des parties à la base du droit des nuisances. Par exemple, des dommages sont accordés au lieu d'une injonction lorsque cette dernière entrainerait des dépenses importantes pour le défendeur alors que l'inconvénient causé au demandeur est trivial ou insignifiant[1807]. On refuse également d'accorder l'injonction pour des motifs d'intérêt public, incluant parfois le bien-être économique[1808], tel que lorsque l'activité de l'auteur du trouble a une utilité sociale [1809] . McLeod-Kilmurray plaide d'ailleurs qu'en matière environnementale, la définition de l'intérêt public devrait être révisée pour inclure celui de la protection de l'environnement [1810] . Selon les auteurs Baudouin et coll., certaines décisions québécoises hésitent aussi à octroyer l'injonction pour des raisons sociales si elle a pour conséquence par exemple d'entrainer la fermeture d'une exploitation[1811]. Remarquons enfin brièvement que les articles 19.1 et suivants de la Loi sur la qualité de l'environnement[1812] prévoient la possibilité pour la Cour supérieure du Québec d'accorder une injonction pour empêcher un acte ou une opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte au droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent.

46. Nous délaissons cependant la question de l'injonction au profit de l'étude du rôle grandissant que joue le recours collectif dans le domaine de la santé et de l'environnement en droit

1802 MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 1688, par. 60.

1803 COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, p. 198.

1804 BAUDOUIN et coll., vol. 1, préc., note 1684, par. 1-260.

1805 Voir aussi MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 1688, par. 73 et 74.

1806 *Id.* par. 59.

1807 *Id.*, par. 65, citant Mario D. FAIETA, Howard B. KOHN, Robert KLIGMAN et John SWAIGEN, *Environmental Harm : Civil Actions and Compensation,* Toronto, Butterworths, 1996.

1808 *Id.*, par. 66.

1809 LINDEN, préc., note 1688, p. 591. Voir par ex. : Miller c. Jackson, [1977] QB 966 [Miller]: la majorité de la Cour d'appel anglaise refusa d'accorder une injonction, considérant que le terrain de cricket d'où provenait la nuisance répondait à des besoins sociaux de la localité.

1810 MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 1688, par. 67. Ce facteur influença d'ailleurs Lord Denning dans *Miller*, préc., note 154.

1811 MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 33, par. 67.

1812 *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 1685.

canadien et québécois. Le recours collectif est bien connu en droit civil québécois où il est prévu au Code de procédure civile (C.p.c.)[1813] qui l'autorise lorsqu'un tribunal est d'avis que : les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; la composition du groupe rend difficile ou peu pratique la plaidoirie par procuration ou des recours joints; et le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. En *common law*, chaque province impose ses propres conditions à la certification de ces recours. Ces conditions incluent habituellement : une cause d'action; une classe identifiable; des questions communes; la preuve que le recours collectif est la procédure préférable; et un représentant des demandeurs[1814]. Bien qu'il permette l'« empowerement » des victimes de risques sanitaires et écologiques par le regroupement de leurs efforts et moyens financiers – d'autant plus nécessaire dans les affaires où la preuve scientifique est incertaine[1815] -, le recours collectif n'est pas une panacée. En effet, des problèmes importants sont rencontrés, particulièrement à l'étape de la certification en *common law*, tel que le démontrent les recours collectifs entrepris ces dernières années en matière de protection de la santé publique et de l'environnement.

47. Les recours collectifs entrepris à travers le Canada par les victimes du tabagisme contre les producteurs de cigarettes et par les victimes d'infections associées aux soins de santé contre les établissements de soins et les gouvernements démontrent l'ampleur des difficultés associées à ces recours[1816]. Bien que ces groupes d'arrêts ne présentent pas des problèmes d'incertitude scientifique, ils sont révélateurs d'une certaine hésitation judiciaire à autoriser le recours collectif impliquant une preuve complexe quant à la causalité et aux dommages ou la responsabilité de l'État dans la protection de la santé. Dans le contentieux du tabac en *common law*, la certification est refusée lorsque la preuve de la responsabilité et des dommages nécessite une analyse des facteurs individuels particuliers à chaque membre de la classe. Par exemple, lorsque le recours est fondé sur la survenance de préjudices à la santé, le fait que l'on doive déterminer si les problèmes de santé de chaque membre de la classe auraient pu découler d'une cause autre que la consommation de cigarette pose problème. Ce fut le cas dans l'affaire Caputo c. Imperial Tobacco dans laquelle des facteurs individuels tels le moment de l'exposition au produit, l'étendue des préjudices en résultant, la santé personnelle des demandeurs, leur historique médical et leurs autres maladies militèrent contre la certification du recours collectif[1817]. Dans les recours fondés sur les fausses représentations, la fraude

1813 C.p.c., art. 1003.

1814 Par ex. : Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 5.

1815 MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 1688, par. 42.

1816 L'étude des recours collectifs en matière de responsabilité pharmaceutique pourrait offrir un complément utile à cette discussion : voir COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, p. 231 et suiv.

1817 *Caputo* c. *Imperial Tobacco* (2004), 236 D.L.R. 4th 348, par. 54 et 55. Voir aussi *Ragoonanan* c. *Imperial Tobacco Canada Ltd* (2005), 78 O.R. 3d 98 (cigarettes ignifuges).

ou les pratiques déloyales de l'industrie du tabac, la certification est mise en péril par l'obligation de vérifier pour chaque demandeur s'il avait connaissance des dangers, ou s'il a véritablement mis sa confiance en ces représentations et s'il s'y est fié lors de sa prise de décision de fumer[1818].

48. En fait, un seul recours dans les provinces de *common law* s'est vu certifié à ce jour, soit Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd. Dans cette affaire fondée sur une mise en marché trompeuse (deceptive marketing), les requérants poursuivaient pour un préjudice économique, invoquant le fait d'avoir payé plus cher pour des cigarettes dites légères représentées erronément comme meilleures pour la santé[1819]. Le tribunal fut d'avis que la preuve de la causalité ne nécessite pas nécessairement la preuve d'une confiance (reliance) individuelle de chaque requérant et qu'elle pourra être faite globalement par une preuve économique et statistique, par l'examen de l'effet des représentations de l'industrie sur le marché en entier plutôt que du manque à gagner pour chacun des demandeurs pris individuellement[1820]. Que l'on doive qualifier le dommage d'économique et de vérifiable dans un « marché » pour réussir à traverser l'étape préliminaire de la certification n'est pas de bon augure pour de potentiels recours collectifs fondés sur un risque incertain ou potentiel à la santé.

49. La rigidité constatée en *common law* canadienne ne semble pas exister au Québec. Les auteurs notent d'ailleurs que les juges québécois bénéficient d'une large discrétion lors de l'évaluation des conditions à remplir pour obtenir l'autorisation d'un recours collectif et que le fardeau de preuve au Québec est moins exigeant que dans les provinces de *common law*[1821]. C'est donc au Québec que les premiers recours collectifs contre l'industrie du tabac débutèrent en mars 2012[1822]. Pourtant, l'industrie du tabac y utilisa la même stratégie que dans les provinces de *common law* en plaidant que la causalité dans ces affaires exige une preuve individualisée qui fait obstacle au recours collectif. Dans une requête préliminaire pour rejet d'action présentée après l'autorisation de deux recours collectifs joints, l'industrie argumenta que chaque membre devra prouver son degré de connaissance des risques associés au tabagisme et que son préjudice résulte de la consommation de

---

1818 Par exemple, la décision de fumer des cigarettes légères plutôt que régulières dans *Sparkes* c. *Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2008), 282 Nfld & PEIR 177, par. 97 et 100-102 (absence de question commune).

1819 Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd, 2005 BCSC 172 (BCSC), par. 3, 35 et 51. La certification fut partiellement confirmée par la Cour d'appel: Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd, 2006 BCCA 235.

1820 *Id.,* par. 35 et 36. Le juge Satanove émet des doutes quant à cette théorie, mais refuse de la rejeter au stade de la certification. néanmoins

1821 Shaun FINN, *Recours singulier et collectif : Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 52; Catherine PICHÉ, *Fairness In Class Action Settlements,* Toronto, Carswell, 2012, p. 43 et 67.

1822 2 millions de québécois poursuivant pour $27 milliards de dollars, soit 90 000 requérants invoquant des dommages à leur santé - cancers du poumon, de la gorge ou du larynx ou emphysème – et le reste poursuivant pour leur dépendance à la nicotine. Le procès conjoint était au stade des plaidoiries finales au moment d'écrire ces lignes. Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Létourneau* c. *Imperial Tobacco Can. Ltée* (2005), No. 500-06-000070-983, par. 1 (C.S.), disponible: http://www.smoke-free.ca/ onglet Litigation; Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Conseil québécois sur le tabac et la santé* c. *JTI-MacDonald Corp.* (2005), No. 500-06-000076-980, par. 3 (C.S.), disponible: http://www.smoke-free.ca/ onglet litigation.

produits du tabac[1823]. La Cour supérieure répondit que la question est prématurée et pourra être discutée au fond[1824]. L'industrie revint à la charge à la clôture de la preuve. Invoquant à nouveau l'existence de questions de causalité individuelle, elle demanda le rejet des recours, parce qu'abusifs, mal fondés, frivoles ou dilatoires[1825], car aucun requérant n'avait témoigné et la preuve de la causalité était donc restée générale[1826] alors qu'elle devait se faire de façon individuelle[1827]. La Cour supérieure rejeta la requête, rappelant la nécessité d'une appréciation plus flexible dans l'évaluation de la viabilité des recours collectifs[1828]. Elle fut d'avis qu'il existe des façons de prouver la causalité autre que le témoignage des membres de la classe, dont les requérants s'étaient d'ailleurs prévalus, tels que les opinions d'experts, les présomptions et la preuve documentaire[1829].

50. Quant aux recours collectifs entrepris par les victimes d'éclosions d'infections nosocomiales, le rejet de certification est presque constant en *common law*. Un premier obstacle découle du fait que l'État est souvent le défendeur dans ces affaires qui portent sur la gestion de la santé publique et la sécurité des soins de santé, financés à 70 % par l'État au Canada. Plusieurs de ces recours furent en effet entrepris par des patients et des infirmières contre l'Ontario à la suite de la crise provoquée par le syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) dans cette province. Les requérants argumentaient que la province avait été négligente dans sa prise en charge des risques associés au SRAS et dans la protection de leur sécurité. Tel que nous l'avons vu[1830], il est difficile de poursuivre l'État pour les conséquences préjudiciables de décisions discrétionnaires ou politiques. Dans ces affaires, cependant, l'obstacle découle plutôt du fait que le devoir de diligence de l'État en matière de santé publique n'est pas dû aux victimes (ici, les infirmières ou les patients), mais existe plutôt envers le public en général[1831].

51. Un deuxième obstacle rencontré en *common law* réside dans la nature du préjudice souffert par certaines victimes. Par exemple, dans Healey c. Lakeridge, un recours collectif fut

---

1823 *Conseil québécois sur le tabac et la santé* c. JTI-MacDonald Corp., 2006 QCCS 1098, par. 42.

1824 *Id.*, par. 48.

1825 C.p.c., art. 54.1 et suiv.

1826 *Conseil québécois sur le tabac et la santé* c. *JTI-Macdonald Corp.,* 2013 QCCS 1924, par. 7 et 8. Plusieurs autres arguments étaient soulevés.

1827 *Id.*, par. 15.

1828 Selon la Cour d'appel, notamment dans l'affaire *Biondi : Id.*, par. 13.

1829 *Id.*, par. 15.

1830 *Supra*, p. 9.

1831 Et que la nécessaire relation de proximité entre le défendeur et la victime est donc inexistante : Laroza c. Ontario, 2009 ONCA 373; Williams c. Canada (Attorney General), 2009 ONCA 378, par. 31; Abarquez c. Ontario, 257 D.L.R. (4th) 745. Par contraste, la Cour d'appel du Québec est d'avis que la question de l'immunité étatique ne devrait pas faire obstacle à l'autorisation d'un recours collectif car elle commande une analyse minutieuse et poussée de la preuve qui n'est pas possible au stade préliminaire de l'autorisation lors duquel la preuve est appréciée de manière prima facie : Carrier c. Québec, 2011 QCCA 1231, par. 37, 39 et 45 [Carrier]. Contra: Dupuis c. Canada (Procureur général), 2014 QCCS 3997, par. 91-93, 139, 141 et 148.

entrepris contre un établissement de santé et deux médecins par des groupes de victimes en raison de contacts avec un patient atteint de tuberculose. Le recours fut certifié partiellement, uniquement quant aux demandeurs ayant contracté la tuberculose[1832]. La certification fut refusée pour les demandeurs invoquant un préjudice moral lié au « risque » de contracter la tuberculose[1833]. La Cour d'appel de l'Ontario conclut à l'absence de devoir de diligence des défendeurs envers ces victimes, car la *common law* n'indemnise pas les pertes purement psychologiques, sauf en présence de maladie psychiatrique « reconnaissable »[1834], une position fondée sur la peur des dérives indemnitaires (floodgates).

52. Dans le contentieux de la protection de l'environnement, une recherche récente révèle 21 recours collectifs québécois en matière de responsabilité civile[1835]. Elle permet de constater que l'obtention de l'autorisation est mieux assurée en droit québécois qu'en *common law*. Sur les 21 affaires, 16 sont autorisées en tout ou en partie[1836] - parfois par la Cour d'appel - et six ont donné lieu à des jugements sur le fond[1837]. Toutefois, la nécessité de prouver au stade de l'autorisation l'existence d'une identité, similarité ou connexité des questions de droit ou de fait présente, comme en *common law*, des défis[1838].

53. Par exemple, dans Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal[1839], la Cour d'appel confirme le refus par le juge de première instance d'autoriser un recours collectif malgré le fait que la défenderesse contrevenait à la règlementation en vigueur et aux normes environnementales (en permettant 3 envolées entre 6 h et 7 h le matin). Le juge fut d'avis que même si la nuisance sonore et la faute présumée constituent des questions communes, la détermination des

---

1832 *Healey*, préc., note 1783.

1833 Voir aussi: Bruce Estate c. Toderovich, 2010 ABQB 7091; confirmé : 2013 ABCA 44.

1834 *Healey*, préc., note 1783, par. 39-43 et 60. *Supra*, p. 19.

1835 Le plus souvent en vertu des règles portant sur le trouble de voisinage et une affaire en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 1685. La recherche fut effectuée à l'aide de la banque de donnée Soquij-azimut en décembre 2014.

1836 Non autorisés: Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal, 2007 QCCA 1274 [ADM]; Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport, 2007 QCCA 236 [AMT]; Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN), J.E. 2005-654 [Dorion]; Archambault c. Construction Bérou inc., [1992] R.J.Q. 2516 (C.S.); Tremblay c. Alex Couture Inc., [1983] C.S. 1163.

1837 *Spieser*, préc., note 1757 (accueilli en partie); *Nadon-CA*, préc., note 1765 (rejet), *Ciment du Saint-Laurent*, préc., note 1684 (accueilli); *Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE)* c. *Domfer Poudres métalliques Ltée,* 2006 QCCA 1394 (accueilli en partie); *Girard* c. *2944-7828 Québec inc.*, [2003] R.J.Q. 2237, [2003] R.R.A. 1209 (C.S.) (accueilli), appel accueilli pour modifier le partage de responsabilité : *Québec (Procureur général)* c. *Girard,* [2005] R.R.A. 13 (C.A.); *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord »* c. *La municipalité régionale de comté des Laurentides,* [2005] R.J.Q. 116 (C.S.) (accueilli en partie); *Roberge* c. *Ville de Sherbrooke*, [2004] n° AZ-50268714 (C.A.) (accueilli en partie).

1838 Sur l'évolution chronologique de la jurisprudence dans ce domaine, voir : BÉLANGER, préc., note 1687.

1839 *ADM,* préc., note 1836.

dommages et celle du lien de causalité sont divisibles — le territoire englobé était vaste. Il y aurait selon lui des éléments dissociateurs du groupe, soit le caractère subjectif de la sensibilité au bruit, la définition du groupe, son étalement géographique ainsi que la disproportion entre les questions individuelles et communes. Dans une autre affaire, Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport[1840], l'autorisation est aussi refusée notamment parce que le seuil de tolérance aux inconvénients inhérents au passage d'un train pour les personnes qui habitent à proximité de celui-ci peut varier d'un membre à l'autre[1841]. Enfin, dans Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN)[1842], l'autorisation fut refusée notamment parce que l'existence et l'intensité des inconvénients subis par chaque requérant (bruits et vibrations provenant d'une gare de triage) étaient variables.

54. Par contre, dans Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée[1843], la Cour supérieure conclut que le recours entrepris par des résidents d'un quartier de Baie-Comeau contre les exploitants d'une importante aluminerie soulève des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes. Les requérants invoquaient le fait que les activités de l'aluminerie auraient engendré des émissions très élevées et incontrôlées d'hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP), un contaminant dangereux pour la santé humaine, retombant sur les maisons et les terrains du quartier. En autorisant le recours, la Cour énonce notamment que la preuve de la responsabilité extracontractuelle et des dommages sera commune quant aux maladies pouvant être causées par les émissions d'HAP, ainsi que pour les inconvénients et les travaux de décontamination. De plus, elle observe que le recours se fonde sur une source unique de pollution et qu'il vise les résidents d'un même quartier et une seule usine.

55. Similairement, dans Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)[1844], le recours est autorisé même si le préjudice subi par chacun des membres – les requérants se disaient incommodés par les odeurs provenant d'une usine d'épuration — pouvait être très différent. La Cour supérieure observe que les questions relatives à la conception et à l'exploitation de l'usine, ainsi que celles relatives à la responsabilité de la ville intimée, sont communes aux membres. Dans Comité d'environnement de la Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée[1845], la Cour d'appel

---

1840 *AMT,* préc., note 1836.

1841 Ceci compte tenu du très grand nombre de membres ayant manifesté leur opposition expresse à l'exercice du recours collectif : *Id.,* par. 64.

1842 *Dorion,* préc., note 1836.

1843 Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée, 2007 QCCS 2691.

1844 Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de), 2007 QCCS 484.

1845 *Comité d'environnement de la Baie inc.* c. *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), requête pour permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée.

renverse le refus d'autorisation du tribunal de première instance[1846] à l'égard du recours de 2 400 résidents de la ville de La Baie visant à recouvrer des dommages pour le préjudice causé par la pollution de l'air (par de la bauxite, de l'aluminium et de la poussière de charbon) provenant des installations portuaires de la défenderesse. La Cour d'appel note que les réclamations ne sont pas identiques ; par exemple, les dommages et inconvénients varient selon la valeur des maisons des résidents, leur distance du port et leur position par rapport aux vents dominants. Elle rappelle cependant que l'article 1003 C.p.c. ne requiert pas que toutes les questions de droit ou de fait, ou même qu'une majorité, soient identiques, similaires ou connexes ; la requête n'a qu'à soulever certaines questions suffisamment similaires ou connexes, pourvu qu'elles ne soient pas insignifiantes. Dans le cas présent, il fut considéré suffisant que le recours soit fondé sur la même source de pollution résultant des activités de la défenderesse, que la preuve technique soit susceptible d'être la même tout comme la preuve en défense, la question du standard de diligence requis, l'application de la règle Volenti non fit injuria et les règles de prescription. Quant aux différences importantes concernant les dommages soufferts, la Cour est d'avis que le juge du fond pourra, en application des articles 1031 et 1037 C.p.c., décider en faveur d'un recouvrement collectif ou individuel. La Cour d'appel rappelle par ailleurs l'utilité des recours collectifs en matière environnementale : « The class action recourse seems to me a particularly useful remedy in appropriate cases of environmental damage. Air or water pollution rarely affect just one individual or one piece of property. They often cause harm to many individuals over a large geogaphic area ». Elle insiste également sur le fait que les dispositions législatives régissant le recours collectif doivent être interprétées à la lumière de leurs objectifs sociaux. Enfin, dans Krantz c. Québec (Procureur général)[1847], la Cour supérieure du Québec se prononce de façon encore plus claire sur le sujet dans une affaire concernant du bruit et de la poussière lors de la réfection de l'autoroute Ville-Marie, une importante voie rapide desservant le centre-ville de Montréal :

> **56.** Bien que la tolérance et la perception du bruit varient d'un individu à un autre et que la question des dommages subis par les membres individuellement puisse comporter d'importantes différences, le recours est possible lorsque le fondement de la réclamation est le même et qu'il y a une situation de base commune. En l'espèce, les gens se sont plaints de la même chose collectivement au moyen de pétitions. Il serait extraordinaire que ces plaintes collectives doivent déboucher sur des recours individuels. Le fait que tout inconvénient relié à l'environnement soit

---

1846 Qui avait conclut que les questions particulières l'emportaient.

1847 *Krantz* c. *Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 2143 [*Krantz*]. Voir aussi *Branconnier* c. *2848-7395 Québec inc.*, J.E. 2003-1245 (C.S.): la réclamation en dommages-intérêts des membres est basée sur la même source et la preuve de la responsabilité des intimés est la même, sauf pour la municipalité. Le fait que les membres aient pu subir la pollution à des degrés variables n'empêche pas l'autorisation du recours collectif; *Association des propriétaires et locataires de St-Ignace-du-Lac inc.* c. *Consolidated-Bathurst Inc.,* J.E. 91-325 (C.S.) : même si le *quantum* des dommages peut varier d'une propriété à l'autre selon son emplacement, sa configuration, son étendue et son éloignement des sources de contamination ou sa proximité des courants d'eau, les recours individuels sont largement similaires; *Carrier*, préc., note 1831, par. 73.

souvent ressenti de façon subjective ne peut constituer une fin de non-recevoir à l'encontre du recours collectif[1848].

57. Mais si les particularités de la preuve de la causalité n'empêchent pas toujours l'autorisation du recours collectif, elle présente tout de même des défis au fond. C'était le cas dans une affaire alléguant un lien entre de l'herbe à poux présente sur les terrains de la ville de Montréal et le déclenchement de symptômes chez les personnes allergiques[1849]. Dans cette affaire, on conclut à l'absence de lien de causalité notamment parce qu'on n'avait pas prouvé l'apport du pollen issu des terrains de la ville par rapport au pollen provenant de sources locales ou régionales (par exemple, d'autres villes, l'herbe à poux étant très répandue au Québec de mai à octobre). La Cour d'appel souligne que le recours collectif n'a pas pour effet d'alléger ou de modifier le fardeau de preuve.

58. En *common law* canadienne, l'utilisation fréquente du recours collectif en matière de protection de la santé a été étudiée depuis plusieurs années par Heather McLeod-Kilmurray et Lynda Collins. Les travaux de ces auteures confirment les difficultés à faire certifier un recours collectif en matière environnementale[1850], particulièrement en raison de difficultés à démontrer l'existence de questions communes quant à la causalité et aux dommages, et à convaincre les tribunaux que le recours collectif est la procédure préférable dans chaque cas particulier. McLeod-Kilmurray faisait le constat de ces défis dès 2002 lors d'une étude portant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans Hollick c. Toronto (Metropolitain)[1851]. La Cour suprême y refuse la certification d'un recours collectif entrepris par 30 000 résidents d'une localité de 16 miles carrés invoquant qu'un site d'enfouissement y produisait des gaz, odeurs, fumées, sédiments et de forts bruits et vibrations. Sur le fondement de l'article 103 de la Charte ontarienne des droits environnementaux de 2003, la nuisance privée, la négligence et Rylands c. Fletcher, des dommages compensatoires et punitifs étaient demandés, en plus d'une injonction. Bien que la Cour se dit satisfaite de l'existence de questions communes, elle conclut que le recours collectif n'était pas la procédure préférable dans ce cas, se préoccupant notamment du fait que la pollution n'était pas distribuée de façon uniforme géographiquement et dans le temps, que certains secteurs étaient affectés plus que d'autres, que

---

1848 *Krantz,* préc., note 1847, par. 176. Voir aussi en matière d'atteinte à la santé dans le domaine médical : *Conseil pour la protection des malades* c. *Fédération des médecins spécialistes du Québec,* 2010 QCCS 6094, par. 115 : jugeant de l'affaire au fond, la Cour supérieure est d'avis que les membres - dont les chirurgies et examens avaient été reportés en raison de journées d'étude - ont subi un préjudice du même ordre même si l'intensité de celui-ci pouvait varier d'une personne à l'autre (et utilise donc la méthode de la moyenne pour calculer l'indemnisation). La Cour d'appel confirme mais limite cette conclusion aux patients dont la chirurgie a été reportée : 2014 QCCA 459, par. 80-85 et 107-114.

1849 *Nadon-CA*, préc., note 1765.

1850 *Ring,* préc., note 1784, par. 103. Nous référons le lecteur à une publication récente de ces auteures pour une revue détaillée de cette question : COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, p. 240-266.

1851 MCLEOD-KILMURRAY 2002, préc., note 1688.

certains secteurs étaient affectés à un moment et d'autres à un autre moment, et que certains membres de la classe étaient près du site d'enfouissement et d'autres plus loin[1852]. McLeod-Kilmurray critique cette approche comme ignorant l'aspect collectif des recours collectifs en matière de responsabilité environnementale[1853]. De plus, parce que la Cour suprême insiste sur l'existence de recours préférables au recours collectif - une demande d'indemnisation au Small Claims Trust Fund et des recours en responsabilité individuelle - McLeod-Kilmurray croit qu'elle priorise l'indemnisation au détriment de la prévention pouvant être atteinte par l'injonction demandée[1854], confinant ainsi la poursuite des objectifs préventifs au droit administratif[1855]. D'ailleurs, l'auteure plaide qu'en matière environnementale, les tribunaux devraient être plus favorables à la certification sur le fondement du principe de précaution[1856] :

Applied to the class action certification motion specifically, the contextual and precautionary approach taken in Spraytech would encourage certification in the face of doubt. Risks, particularly of permanent harm, to environmental resources could be (rebuttably) presumed to be more serious than risks of financial harm or social inconvenience. Awareness that environmental harm is often irreparable, by financial or other means, would lead to favouring prevention and deterrence rather than compensation. The nature of environmental harm would be central to the analysis: in Hollick, this would have placed the focus on the public nuisance claims, the commonality of the private nuisance claim, and the permanent injunction sought.

59. Pour cette auteure, le recours collectif devrait être vu comme étant plus qu'un moyen procédural ou permettant de faciliter l'indemnisation, mais bien comme un moyen de protection de l'environnement et de revendication des intérêts collectifs[1857].

60. McLeod-Kilmurray remarque également que l'incertitude scientifique milite parfois contre la certification, tel que dans Hoffman c. Monsanto[1858], une affaire dans laquelle le refus de certifier avait été largement influencé par deux documents provenant du gouvernement et indiquant que relâcher du canola transgénique dans l'environnement est sécuritaire. La validité de cette conclusion scientifique ne fut pas remise en question par la Cour, bien que la certification soit un stade préliminaire lors duquel toute la preuve n'est pas soumise et alors qu'il existait en fait une

1852 *Id.*, par. 6. McLeod-Kilmurray et Collins notent que ce précédent fut par la suite utilisé pour refuser la certification dans plusieurs affaires, voir COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, p. 261 et décisions citées à la note 130.

1853 *Id.*, par. 7.

1854 *Id.*, par. 6.

1855 *Id.*, par. 35.

1856 *Id.*, par. 17. Voir aussi : COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, p. 244.

1857 *Id.*, par. 44.

1858 Hoffman c. Monsanto Canada Inc., [2005] 7 W.W.R. 665 (Sask.Q.B.) [Hoffman-QB], appel rejeté : (2007), 283 D.L.R. (4th) 190 [Hoffman].

incertitude quant à l'innocuité de ces grains[1859]. Pour McLeod-Kilmurray, cette décision et celle de la Cour suprême du Canada dans Hollick renforcent l'idée que la prévention de dommage écologique est affaire de régulation et non de responsabilité en droit canadien[1860].

61. Dans Ring c. Canada (Attorney-General)[1861], un juge de première instance se montre toutefois prêt à plus d'ouverture. Cette affaire mettait en cause l'exposition des requérants à des herbicides militaires – tel l'Agent orange — et commerciaux. Une partie des requérants, asymptomatiques[1862], demandaient de recouvrir le coût des tests médicaux nécessaires pour déterminer s'ils avaient absorbé des doses dangereuses de ces produits chimiques. En certifiant l'action, le juge distingue la preuve scientifique des exigences juridiques et mentionne la nécessité pour les demandeurs de pouvoir utiliser le recours collectif comme moyen d'avoir accès à la justice dans le contexte d'une procédure complexe. McLeod-Kilmurray est d'avis que le juge créé ainsi une présomption de précaution favorable à la certification en renversant le fardeau de preuve pour permettre au droit d'aborder l'incertitude scientifique[1863]. Cette certification fut cependant renversée par la Cour d'appel de Terre-Neuve et Labrador notamment sur le fondement que le risque de dommage futur ne peut être recouvré[1864]. De plus, la Cour d'appel jugea qu'aucune des questions communes proposées n'était véritablement commune à chaque membre de la classe — qui avait été définie de façon très large — et que, même si les questions communes proposées étaient acceptables, leur résolution serait très complexe. Enfin, elle considère les questions communes comme non importantes par rapport aux nombreuses questions individuelles à la lumière de la période en jeu, du nombre important de personnes sur la base militaire et des différents produits chimiques utilisés[1865] :

Under the guise of a common issue there would have to be a determination of the "toxic level" of each and every chemical sprayed and every combination of sprays used and a determination of how long each area was "toxic." Toxic levels, of course, would have to be related to the various lymphomas. For each claimant there would have to be an assessment of when he or she was at CFB Gagetown, where he or she went on the base, what chemicals might have been in those areas at the time of the visit or visits and whether there might be a cumulative effect from multiple visits. For others, for example, those who helped clean mud from equipment, it would require an examination of where the equipment had been on the base and what chemicals had been sprayed in those areas. For claimants who had contracted lymphoma, even if Ring is correct regarding the chemicals used at CFB Gagetown, there

1859 M<sc>cleod-kilmurray</sc> 2009, préc., note 1756, par. 67.

1860 *Id.*, par. 68.

1861 *Ring* c. *The Queen*, 2007 CanLII 146 (NLTD).

1862 Certains avaient soufferts de cancer, alors que d'autres étaient asymptomatiques.

1863 M<sc>cleod-kilmurray</sc> 2009, préc., note 1756, par. 79.

1864 Elle remarque aussi que rien dans les plaidoiries n'appuyait l'allégation de préjudice économique : *Ring*, préc., note 1784, par. 58. Voir aussi : *Canada (Attorney General)* c. *MacQueen,* 2013 NSCA 143.

1865 M<sc>cleod-kilmurray</sc> 2009, préc., note 1756, par. 107. Voir aussi *Hoffman*-QB, préc., note 1858.

would also have to be extensive medical evidence, among other things, before the connection alleged by Ring could be established between the spraying and the lymphoma[1866].

62. Ces quelques exemples illustrent le fait que dans les provinces de *common law* canadienne, le recours collectif, bien que disponible, présente des embuches majeures au stade de la certification. Les auteurs McLeod-Kilmurray et Collins remarquent d'ailleurs qu'un recours collectif réclamant des dommages corporels n'a jamais été certifié dans le domaine de la responsabilité environnementale dans ce ressort[1867]. Le Québec accorde plus facilement l'autorisation de ces recours, ce qui ne garantit toutefois pas le succès sur le fond, particulièrement en présence d'incertitude.

63. Les règles de preuve et de procédure offrent donc en théorie plusieurs outils pour surmonter les défis posés par les risques incertains en responsabilité civile, mais on constate une approche judiciaire plutôt conservatrice en pratique, sauf peut-être dans l'autorisation au Québec des recours collectifs.

Conclusion

64. Somme toute, ce portrait porte à penser que le droit québécois et canadien de la responsabilité civile laisse actuellement peu de place dans ces principes fondamentaux aux idées découlant du principe de précaution. En effet, l'incertitude des risques crée des embuches importantes à la démonstration à la fois de la faute, de la causalité et du préjudice. Cependant, avec du recul, on constate que, surtout en matière de responsabilité environnementale, les régimes de responsabilité existants offrent un potentiel sérieux de poursuite d'objectifs préventifs de façon plus accrue que par le passé, surtout grâce à la disponibilité de l'injonction et au rôle donné au droit de la responsabilité civile québécoise en matière de protection de l'environnement par l'arrêt Ciment du Saint-Laurent. Mais rappelons que si les objectifs préventifs attirent désormais davantage l'attention judiciaire, on ne va pas jusqu'à admettre une responsabilité en présence d'incertitude quant aux risques en présence. Enfin, notons dans la même veine, l'utilisation grandissante du recours collectif comme moyen de revendication d'intérêt collectifs (ou pluriels) dans le domaine de la santé et de l'environnement. Le Québec se démarque à cet égard grâce à une approche beaucoup plus flexible et sensible aux intérêts en cause au stade de l'autorisation de ces recours.

1866 M^CLEOD-KILMURRAY 2009, préc., note 1756, par. 107.
1867 COLLINS et MCLEOD-KILMURRAY 2014, préc., note 1751, 254.

65. Dans le cadre du séminaire qui donna naissance au présent texte, on nous invita à nous poser la question de savoir si le peu d'impact du principe de précaution, s'il y a lieu, est dû à des raisons techniques ou fondamentales. Il est difficile de répondre à cette question bien que certaines hypothèses non vérifiées viennent en tête, dont une emphase moins grande qu'en droit français sur les droits des victimes et sur l'indemnisation, une attitude sociétale peut-être différente relativement au risque, des préoccupations économiques importantes, une appréhension de la lourdeur judiciaire qu'imposerait la gestion de l'incertitude… Reste que d'un point de vue général, le droit canadien et québécois laisse encore largement le risque de l'incertitude à la charge de la victime. Mais il existe une certaine latitude favorable au changement et il n'est pas exclu que notre droit s'ouvre progressivement à l'idée d'une responsabilité plus anticipatrice de risques potentiels[1868].

[1868] Pensons notamment à la récente décision de la Cour d'appel du Québec dans *Benhaim,* préc., note 1737 dans laquelle la Cour fait reposer la charge de l'incertitude causale sur les défendeurs parce qu'ils l'avaient fautivement créée.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DEVANT LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS : LE DIFFICILE AMARRAGE DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE À LA DÉCISION JUDICIAIRE EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Steven Rousseau
LL.M.
Université de Sherbrooke

David Gilles
Professeur agrégé
Université de Sherbrooke

« [L]a protection de l'environnement est devenue une valeur fondamentale de la société canadienne et un impératif collectif »[1869].

1. Le développement technologique propre aux temps modernes, s'il est à la source de l'accroissement significatif de la qualité de vie des gens, du moins d'un point de vue matériel, est dans un même temps en grande part responsable de la crise écologique contemporaine. Tributaire des avancées scientifiques importantes des derniers siècles[1870], il est en effet la cause de l'amplification prodigieuse de la capacité d'action de l'homme, laquelle, loin de n'avoir que des conséquences heureuses, a contribué à l'altération substantielle des milieux et des ressources naturels. L'émergence de principes juridiques garants de la protection de l'environnement, dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, constitue une réponse partielle mais ordonnée à ces problématiques environnementales globales. Au premier rang de ces outils normatifs permettant la responsabilisation des divers agents figurent notamment les principes de prévention et de précaution[1871], lesquels induisent leurs

1869 St-Luc-de-Vincennes (Municipalité) c. Compostage Mauricie inc., 2008 QCCA 235 (CanLII), par. 46.

1870 Quoi que cette dépendance ne soit plus, dans les faits, unilatérale, « la technique étant maintenant partie inhérente de la science » : Guy ROCHER, « La problématique des rapports entre le droit et les sciences », dans Pierre PATENAUDE (dir.), *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2001, p. 2-3.

1871 Voir Cass R. SUNSTEIN, « Au-delà du principe de précaution », (2010) 7-2 *Éthique et Économique*, 3; Noah M. SACHS, « Rescuing the strong precautionary principle from its critics », (2011) 4 *University of Illinois Law Review* 1285, 1292.

destinataires à agir préventivement afin de préserver l'environnement dans un état jugé approprié.

2. Le principe de prévention, bien qu'il se manifeste sous diverses formulations — son libellé variant en effet d'un instrument juridique à un autre — établit essentiellement qu'en présence d'un risque connu, toute personne responsable doit ou devrait, selon que cette norme est contraignante ou plutôt incitative, œuvrer à empêcher la matérialisation d'un dommage écologique. D'une portée large et générale, il s'agit en réalité d'une application du principe classique de prudence[1872] à un nouvel objet, l'environnement. Ce principe constitue d'ailleurs le fondement de la majorité des règles relatives à cette matière. Ainsi, pour reprendre les mots de Nicolas de Sadeleer, on peut avancer que « la prévention a tendance à se confondre avec le droit de l'environnement »[1873]. Quant au principe de précaution, celui-ci affirme usuellement que l'absence de certitude scientifique ne doit pas justifier l'inaction face à un risque de dommage grave ou irréversible à l'environnement, quoique certaines formulations de ce principe adoptent plutôt un libellé impératif visant à imposer formellement un devoir de précaution[1874]. Ainsi, c'est le degré de connaissance scientifique requis à leur application qui constitue, selon le courant doctrinal majoritaire[1875], l'élément distinctif entre ces deux notions aux spectres proches. Classiquement, la prévention permet donc une réponse juridique aux risques qualifiés par les auteurs de « certains », la précaution apportant quant à elle un outil d'intervention juridique pour les risques incertains[1876]. Dès lors, le principe de précaution a théoriquement pour spécificité de permettre le dépassement des limites classiques du droit quant à la prise en compte du risque, les décideurs, de même que les tribunaux, refusant en effet traditionnellement de considérer la possibilité d'un risque en l'absence d'une preuve scientifique

1872 La notion de *bonus pater familias* du droit civil.

1873 Nicolas DE SADELEER, Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 106.

1874 On peut notamment penser à la définition du principe de précaution retenue lors de la *Wingspread Conference on the Precautionary Principle* : « When an activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cause and effect relationships are not fully established scientifically »: Nicolas ASHFORD, Katherine BARRETT, Anita BERNSTEIN, Robert COSTANZA et al., «Wingspread Statement on the Precautionary Principle», (1998), Racine, en ligne: <http://www. sehn.org/wing.html> (consulté le 10 décembre 2014).

1875 Certains auteurs ont toutefois proposé d'autres critères permettant de distinguer ces deux normes, dont celui voulant que la précaution s'applique plutôt aux dommages collectifs. Voir notamment : François EWALD, « Philosophie de la précaution », (1996) 46-2 *L'Année sociologique* 383; Nicolas DE SADELEER, préc., note 5, p. 183; Mathilde BOUTONNET, *Le principe de précaution et la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 22.

1876 Voir notamment : Nicolas DE SADELEER, préc., note 5, p. 107, 115, 136-137; Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 11; Olivier GODARD, « Introduction générale », dans Olivier GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, la Maison des sciences de l'homme, 1997, p. 25.

« rigoureuse » - selon les attentes des juristes - attestant de son existence hautement probable, pour ne pas dire indéniable, et des conséquences (graves) pouvant résulter de la matérialisation du dommage appréhendé[1877].

3. Pourtant, la compréhension qu'ont, dans les faits, les juges québécois de ces normes est relativement détachée de telles considérations, les tribunaux se référant en effet au principe de précaution indépendamment du degré de connaissance relatif au risque encouru (I). Si de prime abord, un tel glissement de la précaution vers la prévention peut sembler bénin, les deux normes œuvrant également à la prévention des atteintes à l'environnement, cette imprécision se révèle dans les faits particulièrement problématique, puisqu'elle conduit les tribunaux à nier au principe de précaution son essence même, récusant ainsi la possibilité pour le droit de dépasser les limites traditionnelles quant à la connaissance scientifique requise pour la prise en compte des risques, lequel dépassement serait pourtant nécessaire afin de répondre adéquatement aux enjeux environnementaux actuels (II).

I. La porosité initiale de la démarcation entre la précaution et la prévention en droit québécois

4. Aux prises avec des problèmes environnementaux croissants, tant en nombre qu'en magnitude, les législatures du Canada ont été contraintes dès les années 1970 à mettre en place un cadre législatif ordonnant la réponse à cet enjeu. Il en a résulté un nouveau domaine du droit qui, bien que disposant de sa propre logique, constitue à bien des égards un amalgame de divers domaines plus traditionnels, tels le droit pénal ou encore le droit civil. La juxtaposition de ces diverses rationalités, conjuguée à la complexité intrinsèque de l'objet même de ce droit, n'a évidemment pas manqué de produire des difficultés conceptuelles importantes pour les praticiens du droit. Confrontés à des situations où l'état du droit, loin d'offrir une réponse évidente à un litige, autorisait plutôt diverses solutions antinomiques, les juges ont ainsi eu à déterminer les principes structurant ce domaine récent du droit, afin de résoudre ces conflits mais également pour garantir une plus grande sécurité juridique. Ces principes, suivant en cela la logique dworkinienne[1878], constituent

---

1877 Maurice ARBOUR, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile », (2002) 43 *C. de D.* 5, 13; Hélène TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 ***Queen's Law Journal*** 455, par. 2; Sébastien GROYER, « Le principe de précaution : un 'nouveau' rapport à la nature », (2010) 7-2 *Éthique et économique*, 2.

1878 Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 82-87.

donc tant le fondement de ces règles que des normes heuristiques encadrant leur interprétation, leur application et leur adaptation[1879].

5. C'est ainsi que la Cour suprême a déterminé au cours des années 1990 que la protection de l'environnement constituait une valeur fondamentale de la société canadienne, laquelle doit donc guider l'interprétation des normes relatives à cette matière[1880]. Dans un même esprit, le principe de précaution a été introduit en 2001 dans l'arrêt *Spraytech* comme principe permettant une systématisation du droit de l'environnement. Il en a résulté un principe interprétatif général, permettant aux tribunaux québécois de justifier toute conclusion compatible avec la finalité d'assurer la préservation de l'environnement, et ce, indépendamment du degré de connaissance des risques encourus.

A. La genèse du principe de précaution par la Cour suprême du Canada

6. C'est ainsi dans le contexte de l'affaire *Spraytech* que le principe de précaution fut introduit en droit québécois et canadien, en tant que norme interprétative du droit de l'environnement[1881]. Cette affaire découle de l'adoption en 1991 par la ville d'Hudson d'un règlement visant à restreindre l'emploi de pesticides à des endroits précis du territoire municipal et pour des activités prédéterminées. L'année suivante, les appelantes, accusées d'avoir utilisé des pesticides en contravention avec les dispositions de ce règlement, entreprirent un recours en jugement déclaratoire afin de le faire déclarer *ultra vires*.

7. Devant la Cour suprême, le pourvoi visait donc à déterminer si une municipalité du Québec - en l'espèce la ville d'Hudson - disposait en vertu de la *Loi sur les cités et villes*[1882] du pouvoir d'adopter un règlement encadrant et limitant l'emploi de pesticides sur son territoire et, dans l'affirmative, si le règlement contesté en l'espèce était inopérant puisqu'incompatible avec la législation fédérale ou provinciale en vigueur[1883]. Dans cette affaire, la juge L'Heureux-Dubé, écrivant les motifs majoritaires, conclut que la prohibition règlementaire de l'usage non essentiel des

---

1879 Dominic ROUX, Le principe du droit du travail : juridicité, signification et normativité, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 70.

1880 Voir notamment : *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, p. 1075-1076 (j. Gonthier).

1881 S'il s'agit de la première utilisation formelle du principe de précaution en droit québécois de l'environnement, les tribunaux canadiens avaient déjà fait référence antérieurement à ce principe. Voir par exemple: *Shuswap-Thompson Organic Producers Assn.* v. *British Columbia (Ministry of Environment, Lands and Parks)*, [2000] B.C.E.A. n° 27; *Gutfrucht* v. *British Columbia (Ministry of Environment, Lands and Parks)*, [1999] B.C.E.A. n° 27.

1882 Loi sur les cités et villes, R.L.R.Q., c. C-19.

1883 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), 2001 CSC 40, p. 258.

pesticides dans la ville d'Hudson était *intra vires* des compétences accordées aux municipalités par l'ancien paragraphe 410(1) de la *Loi sur les cités et villes*[1884], une telle interdiction étant conforme au pouvoir d'œuvrer à la protection de la santé des citoyens prévu à cet article[1885].

8. Afin de justifier cette conclusion, la juge L'Heureux-Dubé rappela le rôle de « fiduciaire de l'environnement » imparti aux municipalités, en plus d'établir que son interprétation du règlement concordait avec les principes de droit et de politique internationaux[1886], parmi lesquels figure notamment le principe de précaution :

9. L'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le « principe de précaution » du droit international, qui est défini ainsi au par. 7 de la Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable (1990) :

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement[1887].

10. Puis, suite à une analyse visant à démontrer que le principe de précaution constituait désormais une règle du droit international coutumier, elle conclut : « [d]ans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive »[1888].

11. Le raisonnement suivi par la majorité expose bien la confusion entre le principe de précaution et le principe de prévention caractéristique du droit de l'environnement au Québec. Tout d'abord, la définition du principe de précaution retenue par la juge L'Heureux-Dubé semble également inclure le principe de prévention, la seconde phrase affirmant en effet la nécessité de prendre des mesures pour lutter contre la détérioration de l'environnement, tandis que la troisième phrase ne fait que « rappeler » que l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir d'obstacle à

1884 *Loi sur les cités et villes*, R.L.R.Q., c. C-19. Elle fut abrogée en 2005 par l'article 194 de la *Loi sur les compétences municipales*, L.Q. 2005, c. 6.
1885 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), préc., note 15, p. 264.
1886 *Id.*, p. 265.
1887 *Id.,* p. 265-266.
1888 *Id.*, p. 267.

cette démarche. Par ailleurs, la juge cite la *Loi sur les océans*[1889] pour démontrer l'incorporation de ce principe dans la législation environnementale canadienne. Or, le préambule de cette loi ne réfère pas au principe de précaution mais au principe de prévention; il en va de même pour le paragraphe 30c), qui affirme que le principe de prévention consiste à « pécher par excès de prudence », mais ne fait aucune mention de la nature des connaissances scientifiques.

12. Désormais incarné dans la jurisprudence, le principe de précaution, tel qu'il est conceptualisé par la majorité de la Cour dans cet arrêt, semble davantage constituer une norme générale destinée à prévenir la matérialisation d'un dommage à l'environnement (et à la santé humaine) qu'un outil de gestion des risques incertains. D'ailleurs, les motifs de la juge L'Heureux-Dubé excluent spécifiquement la question de la connaissance scientifique relative aux risques encourus par l'utilisation de pesticides à des fins non essentielles[1890]. Ainsi, bien que la définition du principe de précaution retenue énonce une interdiction de justifier l'inaction sur la base qu'il subsisterait des incertitudes scientifiques, l'emploi de ce principe dans ce cas d'espèce s'inscrit plutôt dans le spectre usuel d'application du principe de prévention.

13. Ce n'est d'ailleurs pas une posture isolée puisque lorsque la Cour suprême s'est référée à nouveau au principe de précaution dans l'arrêt *Dynamitage Castonguay Ltée* c. *Ontario*[1891], elle reprit une perspective similaire. Dans cet arrêt, rédigé par la juge Abella, la Cour considéra que l'obligation de signaler le rejet d'un contaminant au ministère de l'Environnement, prévue au paragraphe 15(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario*[1892], est compatible avec le principe de précaution, puisque cette obligation ne requiert pas de certitude quant à la réalité des dommages[1893]. L'incertitude en l'espèce ne caractérise donc pas les connaissances relatives à la possibilité d'un risque, mais plutôt celles entourant la réalité d'un dommage, cette disposition visant en effet à fournir au ministère ontarien de l'Environnement les informations devant lui permettre de prévenir une atteinte à l'environnement ou, à défaut, d'entreprendre la réparation de celle-ci. En conséquence, la conceptualisation du principe de précaution dans cet arrêt atteste également de la confusion systématique entre précaution et prévention par le plus haut tribunal du pays.

1889 *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31.

1890 « Peu importe que les pesticides constituent ou non en fait une menace pour l'environnement, la Cour est appelée à trancher la question de droit consistant à savoir si la ville de Hudson (Québec) a agi dans le cadre de ses pouvoirs en adoptant un règlement régissant et restreignant l'utilisation de pesticides » : *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c. *Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, préc., note 15, p. 249.

1891 Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement), 2013 CSC 52.

1892 Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. E.19.

1893 Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement), préc., note 23, p. 333, par. 20.

B. La précaution dans la rhétorique judiciaire

14. Depuis l'arrêt *Spraytech*, le rôle du principe de précaution comme outil d'interprétation des normes environnementales fut reconnu tant au Québec qu'au Canada[1894]. Il est ainsi régulièrement invoqué par les conseils municipaux afin de justifier leurs décisions relatives à ce domaine[1895], en plus de s'être imposé dans l'argumentaire juridique, les justiciables[1896] et les municipalités[1897] s'en réclamant fréquemment afin d'appuyer leurs prétentions devant les instances judiciaires. De plus, il n'est pas rare pour les tribunaux de conclure qu'une interprétation ou une décision s'inscrit dans la logique préventive du principe de précaution[1898], dès lors qu'une preuve d'un risque de dommage à l'environnement est apportée par l'une des parties[1899]. Toutefois, la

---

1894 Voir entre autres cette décision de la juge Nicole Duval Hesler, actuelle juge en chef de la Cour d'appel du Québec, alors qu'elle siégeait à la Cour supérieure : *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière* c. *Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4861 (CanLII), par. 134. Voir également : *White* c. *Châteauguay (Ville)*, 2013 QCCS 3138 (CanLII), par. 96 et suiv., où la Cour supérieure affirme qu'il n'est pas nécessaire que la ville de Châteauguay dispose d'une certitude scientifique pour vouloir éloigner une tour de communication autant que faire se peut des résidences.

1895 Par exemple : *Construction R.W. Marquis inc.* c. *Laval (Ville)*, 2008 QCCS 2610 (CanLII), par. 15.

1896 Voir : *Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc.* c. *Alcoa Canada ltée*, 2007 QCCS 2691, par. 20; D'ailleurs, dans certaines causes, il est ironique de constater que toutes les parties en présence appuient leurs prétentions sur le principe de précaution, quoique les conclusions recherchées soient diamétralement opposées. Voir notamment : *Moar* c. *Québec (Procureur général)*, 2010 QCCQ 58 (CanLII), par. 49. Il arrive toutefois fréquemment que le principe de précaution soit invoqué dans l'argumentation ou dans la preuve d'une des parties sans qu'il ne soit traité dans les motifs de la décision : *Construction R.W. Marquis inc.* c. *Laval (Ville)*, préc., note 27, par. 15; *Bergeron* c. *Hydro-Québec*, 2013 CanLII 62022, par. 10 (QC R.D.E.); *Champlain (Municipalité)* c. *Commission de protection du territoire agricole du Québec*, 2003 CanLII 67472, par. 26 (QC T.A.Q.); Nadeau (Re), 2008 CanLII 74805, par. 5 (QC C.P.T.A.Q.); *Pipe-Lines Montréal Ltée (Re)*, 2009 CanLII 27055, par. 19 (QC C.P.T.A.Q.); *Saint-Bernard-de-Lacolle (Municipalité) (Re)*, 2007 CanLII 56789, par. 17 (QC C.P.T.A.Q.); *Terrawinds Resources Corp (Re)*, C.P.T.A.Q., n° 348881, 8 juin 2007, par. 76, en ligne : <http://www.jugements.qc.ca> (consulté le 10 décembre 2014).

1897 Voir notamment : *White* c. *Châteauguay (Ville)*, 2014 QCCA 1121 (CanLII), par. 97; *Val-Brillant (Municipalité)* c. *9069-5065 Québec inc*., 2008 QCCS 4694, par. 13; *Ferme l'Évasion inc.* c. *Elgin*, 2009 QCCS 4386, par. 129; *Pétrolia inc.* c. *Gaspé (Ville)*, 2014 QCCS 360, par. 14; *Beaulieu* c. *Saint-Cyprien-de-Napierville*, 2012 CanLII 10788, p. 15 (QC C.M.N.Q.).

1898 Galibois c. Ste-Pétronille (Municipalité), 2014 QCCA 2191, par. 7; Wallot c. Québec (Ville), 2010 QCCS 1370, par. 91-92, 175, conf. en appel : 2011 QCCA 1165; St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), 2012 QCCS 2897, par. 281; Ferme l'Évasion inc. c. Elgin, préc., note 29, par. 175-177, inf. en appel : 2011 QCCA 967; 2332-4197 Québec Inc. c. Québec, 2007 CanLII 45201, par. 179 (QC T.A.Q.); Centre du Camion Gamache & Frères inc. (Re), 2007 CanLII 43781, par. 97 (QC C.P.T.A.Q.). En appel : Saint-Paul-de-l'Île-aux-Noix c. Commission de la protection du territoire agricole du Québec, 2008 QCTAQ 12855 (CanLII), par. 171; Corporation de Développement TR inc. c. Québec (ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), 2012 CanLII 11672, par. 117-118 (QC T.A.Q.).

1899 D'ailleurs, la démonstration de l'existence d'un risque, malgré la présence d'incertitudes, est une *conditio sine qua non* à l'application du principe de précaution : *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 26, par. 132-133; *Entreprises Tenlec inc.* c. *Commission de*

confusion entre les rationalités qui devraient guider principe de précaution et principe de prévention est récurrente dans la jurisprudence, la précaution couvrant fréquemment le spectre d'application de la prévention.

15. C'est par exemple le cas dans l'affaire *2332-4197 Québec inc.* c. *Québec*[1900], où la requérante contestait devant le Tribunal administratif du Québec la décision du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs de révoquer ses certificats d'autorisation pour l'exploitation d'un dépôt de matériaux secs, notamment à la suite de « nombreux manquements de la requérante aux lois, règlements et obligations émanant des certificats d'autorisation »[1901]. Constatant que le nombre et l'importance de ces manquements étaient suffisants pour justifier une révocation des certificats[1902], le juge écrit qu'il « ne peut se permettre de laisser des facteurs de risques apparaître et se perpétuer jusqu'à l'apparition de problèmes »[1903], indiquant alors « s'inscrire dans la lignée de l'action préventive, issue de l'application du principe de précaution énoncé par la Cour suprême du Canada […] dans l'arrêt *114957 Canada Ltée* »[1904]. Or, dans ce cas d'espèce, si le principe de précaution est utilisé pour justifier la décision du Tribunal de révoquer les certificats de la requérante, la nature de la connaissance des risques encourus n'est jamais abordée dans la décision. Précaution et prévention sont ici synonymes.

16. Il en va également de même pour la décision du Tribunal administratif du Québec dans l'affaire *Corporation de développement TR inc.* c. *Québec*[1905]. La requérante en l'espèce est propriétaire d'un terrain sur lequel des activités de transformation industrielle d'aluminium ont eu lieu de 1940 à 2009, lesquelles ont exigé l'emploi de différents types d'hydrocarbures[1906]. Il en a

---

protection du territoire agricole du Québec (CPTAQ), 2008 QCCQ 9661, par. 60-63; *Hydro-Québec* c. *Entreprises Tenlec inc*., 2011 CanLII 78411, par 132-140 (QC T.A.Q.); *Hofer* c. *Commission de protection du territoire agricole du Québec*, 2007 QCTAQ 12301, par. 86; *Hydro-Québec* et *Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO)*, 2012 CanLII 99142, par. 95 et 482 (QC R.D.E.); *Boucher* et *Hydro-Québec*, 2013 CanLII 66582, par. 32-33 (QC RDE); *Belzile* et *Hydro-Québec*, 2014 CanLII 7655, par. 25-26 (QC R.D.E.); *Pilon* et *Hydro-Québec*, 2014 CanLII 7654, par.23-24 (QC R.D.E.); *Lessard* et *Hydro-Québec*, 2014 CanLII 48562, par. 21-22 (QC R.D.E.); *Hydro-Québec* et *Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO)*, préc., note 31, par. 95.

1900 2332-4197 Québec inc. c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), 2007 CanLII 45201 (QC T.A.Q.), confirmé en révision : 2008 QCTAQ 0761.

1901 *Id.,* par. 131.

1902 *Id.*, par. 163.

1903 *Id.*, par. 178.

1904 *Id.*, par. 179.

1905 Corporation de développement TR inc. c. Québec (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30.

1906 *Id*., par. 6-7.

résulté une contamination importante des sols et de l'eau souterraine de la propriété[1907]. Le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs émet donc une ordonnance enjoignant à la requérante de maintenir en bon état de fonctionnement un système de récupération des phases flottantes d'hydrocarbures avec piège hydraulique et de s'assurer de son fonctionnement optimal sous la supervision d'un professionnel compétent[1908], en plus de l'obliger à effectuer et à transmettre une étude de caractérisation du terrain. De plus, elle se voit imposer, dès lors que la présence de contaminants excédant les valeurs prévues dans le cadre règlementaire est détectée, l'obligation d'inscrire un avis de contamination au registre foncier, lequel doit également être transmis au ministère[1909]. La requérante, propriétaire du lot mais n'œuvrant pas dans le domaine de la transformation industrielle d'aluminium, conteste donc cette ordonnance en invoquant entre autres qu'elle constituerait un abus de pouvoir et une erreur de droit.

17. L'analyse du Tribunal commence par la constatation que la *Loi sur la qualité de l'environnement*[1910] « confie de vastes pouvoirs [discré-tionnaires] d'intervention au ministre » afin qu'il puisse œuvrer à la préservation d'un environnement sain et respectueux de la biodiversité[1911]. Si le ministre doit respecter le devoir d'équité procédurale codifié dans la *Loi sur la justice administrative*[1912] dans l'exercice de ses fonctions, aucun manquement ne pouvait être soulevé en l'espèce, réfutant ainsi les allégations d'abus de pouvoir[1913]. Le Tribunal rejette également l'argument voulant que, puisqu'un rapport d'expert affirmait qu'aucune migration de la contamination à l'extérieur de la propriété ne surviendrait dans les deux ans suivant l'arrêt du pompage, le ministre ne pût rendre sa décision sans considérer cet élément déterminant. Le décideur écrit à cet effet que « le ministre est fondé à agir de manière proactive et de prendre des décisions en temps utile sans attendre que l'irrémédiable ne se produise »[1914]. À l'appui de cette affirmation, le Tribunal réfère à l'arrêt *Spraytech*, en plus de citer les propos de la professeure Sophie Lavallée :

18. Certains auteurs vont même jusqu'à prétendre que l'objectif recherché par le législateur dépasse ici la prévention pour rejoindre le principe de précaution et permette ainsi une

---

1907 *Id.*, par. 27.

1908 Lesquels doivent permettre de confiner la contamination à l'intérieur des limites de la propriété.

1909 Corporation de développement TR inc. c. Québec (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 2.

1910 Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., c. Q-2.

1911 Corporation de développement TR inc. c. Québec (ministère du Développement durable, Environnement et Parcs), préc., note 30, par. 103 à 106.

1912 Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3.

1913 Corporation de développement TR inc. c. Québec (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 107.

1914 *Id.*, par. 117.

intervention du ministre dans un contexte d'incertitude scientifique sur les effets réels de l'atteinte au milieu[1915].

19. Ce dernier argument permettra au Tribunal de conclure que le ministre avait suffisamment d'informations pour déterminer que la situation était grave et urgente et ainsi rendre sa décision, rejetant donc cette prétention de la requérante[1916]. Or, l'incertitude dont il est question ici, ou du moins telle qu'elle en ressort des motifs de la décision, ne concernerait pas tant la nature de la connaissance du risque, plutôt que le temps nécessaire à la matérialisation du dommage lui-même. Il s'agit donc d'un risque relevant traditionnellement de la prévention, et non pas de la précaution.

20. On trouve également une certaine influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, les tribunaux semblant considérer qu'un excès de prudence afin d'éviter la matérialisation d'un dommage à l'environnement ne peut, conformément à ce principe, constituer un comportement fautif à lui seul[1917]. C'est notamment le cas dans l'affaire *B. Frégeau et Fils Inc*. c. *Société de l'Assurance automobile du Québec*, où la demanderesse réclamait la somme qu'elle a dû débourser pour les services d'urgence d'Environnement Québec à la suite d'un accident de la route impliquant un déversement de diesel, alléguant que les défendeurs avaient commis un excès de zèle en requérant ces services. Le Tribunal, relevant les principes de la responsabilité civile (art. 1457 C.c.Q.) et de l'article 20 L.Q.E., conclut que l'appel au service d'urgence d'Environnement Québec ne constituait pas un acte fautif. Si en l'espèce la quantité de carburant déversé s'est avérée minime, et qu'il y a peut-être eu « un peu de zèle ou d'excès de prudence, eu égard au danger potentiel pour l'environnement, cela ne constitue pas pour autant une faute ni une conduite répréhensible »[1918]. Le juge prend alors la mesure du principe de précaution en le rattachant à la logique de la responsabilité civile dans le contexte environnemental, citant à cet effet les auteurs Baudouin et Deslauriers :

21. Ce principe consiste essentiellement à responsabiliser l'individu pour le défaut d'anticiper et de prévoir des risques qui restent impossibles à vérifier dans le présent, mais dont la réalisation future est susceptible d'entraîner un préjudice sérieux et généralisé. En d'autres termes,

---

1915 Sophie LAVALLÉE, « Prêter sans parier? La Loi 72 sur la protection et la réhabilitation des terrains contaminés et les institutions financières au Québec », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 385, cité par *Corporation de développement TR inc*. c. *Québec (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, préc., note 30, par. 117.

1916 Corporation de développement TR inc. c. Québec (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 118.

1917 Voir *Moar* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 28, par. 49 à 51.

1918 Société de l'Assurance automobile du Québec c. B. Frégeau et Fils Inc., 2004 CanLII 33889, par. 25 (QC C.Q.).

l'absence de certitude quant à la survenance d'un préjudice ne peut servir d'excuse de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour empêcher le risque d'un dommage sérieux.

[…]

22. Appliqué, par contre, au droit de l'environnement, aux normes régissant l'alimentation, ou encore aux nouvelles découvertes scientifiques, il a, comme principal avantage, de créer à l'endroit de ce type d'activités une obligation de prudence et de diligence élargie, imposant non seulement de prévenir d'éventuels dangers, mais surtout de ne pas en créer d'autres en face d'une situation marquée au coin de l'incertitude[1919]. La juge, tirant la conclusion de ce qui précède, conclut alors qu'en « vertu de ce principe de précaution, on ne saurait donc blâmer le codéfendeur d'avoir été trop prudent »[1920].

23. On peut également souligner, à la suite de la citation des auteurs Baudouin et Deslauriers, que la doctrine reconnaît la possibilité que le principe de précaution puisse justifier un élargissement de la portée du devoir prévu à l'article 1457 C.c.Q. en matière environnementale (de même que pour les questions sanitaires ou technologiques)[1921]. Ainsi, le principe de précaution est couramment utilisé par les tribunaux alors que les risques en question s'inscrivent plutôt dans le spectre usuel d'application du principe de prévention. Une telle confusion semble découler de l'incertitude inhérente à la notion de risque, ce terme désignant en effet la possibilité (ou la probabilité) d'un dommage, sans qu'il soit certain que le dommage appréhendé se matérialisera. Ainsi, si la prévention vise normalement ces risques, l'incertitude caractéristique de la précaution concernerait non pas celle entourant les probabilités de matérialisation du dommage, mais plutôt l'existence du risque en lui-même et de ses effets.

24. Il est toutefois possible de souligner que les tribunaux ont à quelques reprises invoqué le principe de précaution afin de justifier une décision s'inscrivant réellement dans une démarche de gestion des risques incertains. Ainsi, dans l'affaire *Ferme l'Évasion inc.* c. *Elgin*[1922], l'entreprise agricole demanderesse sollicite à la municipalité du canton d'Elgin l'autorisation de procéder à un épandage de matières résiduelles fertilisantes. Ayant essuyé un refus, un règlement municipal interdisant en effet un tel procédé, la demanderesse saisit la Cour supérieure afin de faire déclarer ce règlement *ultra vires* des compétences municipales. Si le jugement de la Cour supérieure est

---

1919 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, « La faute et l'abus de droit », dans *La responsabilité civile, Volume I – Principes généraux*, 7e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 1-174 à 1-177.

1920 Société de l'Assurance automobile du Québec c. B. Frégeau et Fils Inc., préc., note 50, par. 26.

1921 Voir notamment, pour le droit québécois : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, préc., note 51.

1922 Ferme l'Évasion inc. c. Elgin (Municipalité), préc., note 29.

subséquemment infirmé par la Cour d'appel, notamment en vertu d'arguments de texte[1923], il est intéressant de souligner l'emploi que fit le juge de première instance du principe de précaution dans un contexte d'incertitude scientifique. En l'occurrence, les risques pour l'environnement posés par l'épandage de matières résiduelles fertilisantes apparaissent incertains au regard des deux expertises présentées dans ce dossier. Soulignant alors que « [l]a Cour Suprême rappelait l'importance pour les municipalités d'être proactives en matière de protection de la santé de leurs citoyens »[1924] et précisant « qu'un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution », le tribunal retient que « si des dommages irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement »[1925]. Le tribunal analyse alors les deux expertises contradictoires sur les risques potentiels produites au dossier en estimant qu'il n'est pas nécessaire de privilégier l'une sur l'autre, validant donc le règlement contesté[1926]. Pour le juge de première instance, « l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour [empêcher] [1927] [*sic*] l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement »[1928].

25. Il en va de même dans l'affaire *White* c. *Châteauguay (Ville)*, portant sur une question d'expropriation, Rogers Communications souhaitant pallier à des lacunes dans son réseau de téléphonie sans-fil en implantant un système d'antennes de radiocommunication. Pour ce faire, elle négocie un bail avec le propriétaire d'un premier terrain afin d'y installer son système, à proximité d'une zone résidentielle. La ville de Châteauguay s'oppose toutefois à cet emplacement, le terrain en question n'étant pas situé dans une zone où un tel usage est permis. De plus, elle soulève l'aspect inesthétique de ces installations, ainsi que des craintes en ce qui concerne la santé et la sécurité de la population résidant à proximité. La Ville suggère alors d'aménager une nouvelle antenne sur le site occupé par Rogers Communications ou d'augmenter la puissance d'une antenne existante. À défaut, elle propose également un second emplacement, situé sur un terrain vacant qui conviendrait mieux selon elle à ces activités. Ce sera finalement ce site alternatif qui sera choisi pour accueillir la nouvelle antenne. Devant le refus de la propriétaire de ce terrain de le vendre de gré à gré, la ville entreprend alors des démarches d'expropriation, lesquelles évoluent en un litige devant la Cour supérieure.

1923 Ferme l'Évasion inc. c. Elgin (Municipalité), 2011 QCCA 967.

1924 Ferme l'Évasion inc. c. Elgin (Municipalité), préc., note 29, par. 175.

1925 *Id.*, par. 176.

1926 *Id.*, par. 177.

1927 Les mots dans le texte sont : « procéder à ». Or, ces mots sont contradictoires avec l'ensemble de ce passage. Il semble donc qu'il s'agisse d'un lapsus du juge.

1928 Ferme l'Évasion inc. c. Elgin (Municipalité), préc., note 29, par. 177.

26. Développant un long argumentaire portant sur l'analyse de l'appréhension par le système juridique de la notion de bien-être du citoyen, la juge Perrault souligne qu'en vertu de l'arrêt *Spraytech* et de l'analyse de la Cour Suprême sur le principe de précaution, « une preuve concluante des effets nocifs [des ondes radio] sur la santé n'est pas nécessaire »[1929]. La Cour conclut que :

27. La preuve révèle que la question des ondes radios demeure controversée et la science continue de progresser. On ne peut donc reprocher à la Ville de vouloir répondre aux craintes de ses résidants concernant les risques pour la santé d'une exposition aux radiofréquences, tel que celles émises par la tour de télécommunication de Rogers. Il est raisonnable et rationnel dans ce contexte que la Ville se préoccupe d'éloigner, autant que possible, les tours de télécommunication des résidences. Ainsi, le Tribunal est d'avis que la Ville ne pouvait ignorer les craintes manifestées par ces citoyens, que celles-ci soient fondées ou non, et qu'elle était en droit de vouloir mettre fin à une controverse qui crée un climat malsain, apaiser les craintes des citoyens et favoriser la paix sociale. Les procédures d'expropriation du 50 Industriel ont donc été entreprises par la Ville afin de protéger le bien-être de ses citoyens, tel qu'indiqué à l'Avis d'expropriation[1930].

28. En appel, les juges Morissette, Dutil et Léger soulignent fort judicieusement que le pouvoir d'expropriation d'une municipalité peut être exercé pour le bien-être des citoyens[1931]. Il en découle donc que la juge de première instance :

[…] n'avait pas à trancher la controverse scientifique au sujet du danger réel que peut représenter l'installation d'une tour de télécommunication près d'une zone résidentielle. En appliquant le principe de précaution accepté par la Cour suprême dans l'arrêt *Spraytech***,** elle était justifiée de conclure que les procédures d'expropriation ont été entreprises afin de protéger le bien-être de ses citoyens, tel que Châteauguay l'a indiqué à son avis.

29. Ainsi, le principe de précaution, tel qu'il est employé en tant que norme interprétative, permet de justifier les décisions concordant avec l'objectif d'œuvrer à la préservation de l'environnement, et ce, indépendamment de la nature des connaissances scientifiques spécifiques à la possibilité du risque en question. Un tel état de fait n'est d'ailleurs pas incohérent avec la formulation du principe de précaution retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Spraytech*, lequel semble couvrir tant le spectre classique de la prévention que celui de la précaution. Néanmoins, une

1929 *White* c. *Châteauguay (Ville)*, préc., note 26, par. 95.
1930 *Id.*, par. 97 et 98.
1931 *White* c. *Châteauguay (Ville)*, préc., note 29, par. 68.

telle confusion, si elle est bénigne lorsque le principe de précaution est conceptualisé en tant que principe interprétatif, risque de restreindre la portée de cette norme dès lors qu'elle acquiert une plus grande effectivité juridique.

II. La confusion en héritage : l'exclusion de la prise en compte de l'incertitude scientifique, corollaire de la consécration du principe de précaution?

30. Ainsi, évoluant d'un principe interprétatif permettant de justifier les décisions judiciaires s'inscrivant dans une optique de préservation de l'environnement, le principe de précaution a acquis au cours des dernières années une plus grande effectivité juridique, divers auteurs et juges reconnaissant en certaines normes générales du droit de l'environnement une codification intrinsèque de ce principe. Or, une telle reconnaissance judiciaire s'avère toutefois partielle puisque la précaution n'est dans bien des cas rien d'autre qu'un synonyme de la prévention, une telle reconnaissance ne produisant dans les faits aucun effet nouveau sur le droit en vigueur. S'il en est ainsi pour la construction jurisprudentielle du principe de précaution, il n'est toutefois pas impossible que l'évolution de la législation permette de résoudre cette confusion entre prévention et précaution pour que le droit puisse finalement prendre la pleine mesure de la nécessité de considérer les connaissances scientifiques « incertaines » afin de permettre la résorption des problématiques environnementales actuelles.

A. Une consécration en demi-teinte : la difficile prise en compte de l'incertitude scientifique par les tribunaux québécois

31. Les tribunaux ont reconnu que certaines normes relatives au droit de l'environnement référaient implicitement au principe de précaution. Il en va ainsi dans l'affaire *Paroisse de Saint-Paul-de-l'Île-aux-Noix* c. *Commission de protection du territoire agricole du Québec*, où le Tribunal administratif du Québec, siégeant en appel d'une décision de la Commission de la protection du territoire agricole du Québec, établit que la notion de développement durable, figurant parmi les considérations devant être prises en compte par le tribunal dans son processus décisionnel portant sur la gestion des terres agricoles[1932], reposait sur le principe de précaution[1933]. Armé de ce principe, le tribunal autorisa alors le demandeur à utiliser les terres agricoles réclamées à des fins commerciales, assujettissant toutefois cette autorisation d'un ensemble de conditions devant être respectées afin d'assurer la possibilité de réutiliser, advenant la fin des opérations de l'entreprise, ces terres à des

1932 Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, R.L.R.Q., c. P-41.1, art. 1.1.

1933 Saint-Paul-de-l'Île-aux-Noix c. Commission de la protection du territoire agricole du Québec, préc., note 30, par. 171.

fins agricoles[1934]. Or, à l'instar de la Cour suprême, une telle décision atteste plutôt d'une application du principe de prévention classique.

32. On peut toutefois souligner que la décision *Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais* de la Régie de l'Énergie dans le dossier des compteurs « intelligents » d'Hydro-Québec, lequel a fait couler beaucoup d'encre au Québec[1935], s'inscrit davantage dans une démarche de prise en compte des risques considérés comme incertains. Dans cette affaire, la Régie de l'Énergie, responsable d'autoriser le projet de remplacer 3,75 millions de compteurs mécaniques par des compteurs « intelligents », a en effet eu à tenir compte du principe de précaution à l'étape de l'analyse des préoccupations socio-économiques et environnementales[1936]. C'est ainsi qu'elle évalua les preuves concernant les impacts des radiofréquences sur la santé humaine, notamment celles portant sur la possibilité que les champs électromagnétiques puissent causer certains cancers [1937] , en plus d'étudier la question de l'« hypersensibilité électromagnétique »[1938]. Elle énonce toute-fois qu'au regard de ces questions, les études tendent à démontrer qu'il n'existe aucun danger pour la santé humaine[1939], concluant ainsi de :

[L]'examen de la preuve qu'elle a entendu que le Projet ne présente pas ce niveau de risque qui justifierait l'application du principe de précaution. Ce principe s'applique lorsqu'il y est reconnu qu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible pour la santé. La preuve ne montre pas que tel soit le cas et va plutôt dans le sens contraire[1940].

33. Si on peut critiquer certains éléments de la preuve et de la décision, notamment la certitude affichée par la Régie dans sa conclusion que la preuve démontre clairement l'absence de risque alors qu'il existe tout de même des variables inconnues quant aux effets des radiofréquences d'un point de vue environnemental et sanitaire[1941], de même que certains euphémismes du principal témoin expert en cette matière, du moins tel qu'il en ressort de l'exposé que fait la Régie de ce

1934 *Id.*, par. 167-172.

1935 Voir également *Lessard* et *Hydro-Québec*, préc., note 31; *Belzile* et *Hydro-Québec*, préc., note 31; *Pilon* et *Hydro-Québec*, préc., note 31; *Boucher* et *Hydro-Québec*, préc., note 31.

1936 Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO), préc., note 31, par. 388.

1937 *Id.*, par. 444 et suiv.

1938 *Id.*, par. 466.

1939 *Id.*, par. 461, 468 et 480.

1940 *Id.*, par. 482.

1941 « Les avis des autorités de santé publique et l'état de la recherche scientifique sur les impacts et les effets non thermiques de ce type de RF sur la santé confirment clairement qu'il n'y a aucun danger pour la santé » : *Id.*, par. 480.

témoignage[1942], il convient de noter que la preuve, en l'espèce, ne semble en effet pas permettre d'étayer la possibilité d'un risque grave ou irréversible pour l'environnement ou la santé humaine.

34. Si le principe de précaution a pu s'immiscer dans certaines dispositions du droit québécois de l'environnement, c'est néanmoins l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui lui fournit le support textuel le plus propice à une codification sous-entendue, cet article prévoyant en effet que : Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

35. La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens[1943]. [Nos soulignés]

36. Déjà en 2002, la professeure Hélène Trudeau considérait que le troisième volet de cet article était compatible avec le principe de précaution, le terme « susceptible » employé en l'espèce étant suffisamment extensible pour s'appliquer tant aux risques « avérés » du principe de prévention qu'aux risques « potentiels »[1944], caractéristiques de la précaution. Pour acquérir une pleine effectivité juridique, le principe de précaution nécessiterait toutefois une compréhension large, cohérente et ambitieuse de la part des juges, afin de prendre la pleine mesure des conséquences de l'incertitude scientifique dans le processus de gestion des risques.

37. C'est d'ailleurs ce que laissait présager la décision *St-Damien* c. *Québec* de la Cour supérieure[1945]. Dans cette affaire, la municipalité demanderesse requiert l'annulation du certificat émis par le défendeur, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, lequel autorise les défendeurs Nancy Lajeunesse et Stéphane Gaudet à exploiter une entreprise de disposition et de recyclage de boues de fosses septiques à proximité de la rivière Noire. Le juge

---

1942 « Le Dr Plante explique que les RF sont comparables à une forme de lumière invisible de très faible énergie », *Id.*, par. 480. S'il est vrai qu'il s'agit dans les deux cas de rayonnement électromagnétique, une telle affirmation laisse sous-entendre que ces deux types de rayonnement ont des propriétés similaires, ce qui n'est pas exactement le cas.

1943 Loi sur la qualité de l'environnement, préc,, note 42, art. 20.

1944 Hélène TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? », (2002) 43-1 *C. de D*. 103, 124-129.

1945 St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30.

établit qu'en l'absence d'un quelconque règlement régissant ces activités, l'encadrement législatif est assuré par l'article 20 L.Q.E. L'article 22 de cette loi pose quant à lui que quiconque désire entreprendre une activité susceptible d'avoir des répercussions sur l'environnement doit obtenir un certificat d'autorisation du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs [MDDEP], lequel dispose d'un pouvoir décisionnel discrétionnaire[1946]. Toutefois, conformément à l'article 24, il doit s'assurer que l'activité autorisée ne soit « pas susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens »[1947].

38. À l'appui de ses prétentions, la demanderesse invoque le principe de précaution, prétendant qu'il fut codifié à l'article 5 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*[1948] :

§ 2. — *Principe de prévention*
5. Toute personne a le devoir, dans les conditions définies par la loi, de prévenir ou, à défaut, de limiter les atteintes qu'elle est susceptible de causer aux ressources en eau et, ce faisant, de prendre part à leur protection.

39. La Cour écrit à ce sujet :

Le Projet de loi no 27, *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* a été sanctionné le 12 juin 2009, soit une dizaine de jours avant l'émission du certificat d'autorisation dans le présent dossier. Il semble raisonnable de soutenir qu'au moment où le MDDEP commençait l'analyse dudit certificat, le ministre devait prendre en considération ce projet de loi et l'intention du législateur de codifier le principe de précaution (principe de prévention) surtout dans le contexte où le MDDEP venait de mener quatre ans de bataille juridique pour faire fermer un site semblable à celui projeté et pour lequel le concepteur des plans était le même que celui dans le projet présenté[1949].

1946 *Id.*, par. 250 et suiv.

1947 St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 265.

1948 Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, L.R.Q., c. C-6.2.

1949 St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 279.

40. Elle continue en affirmant que ce principe requiert d'agir en amont et non en aval, imposant donc au ministre « d'évaluer le système de traitement en cause et pas seulement d'évaluer et/ou contrôler les rejets »[1950]. Puis, citant la décision rendue par la juge Duval Hesler dans l'affaire *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière* c. *Québec (Procureur général)*[1951], le tribunal pose que cette codification du principe de précaution permet d'interpréter les dispositions législatives en cause[1952], d'autant plus qu'il y a « possibilité d'un dommage sérieux à l'environnement », en conséquence de la proximité de la rivière Noire et de « l'incertitude du fonctionnement du système de traitement, [de même que] l'admission que le [ministre] s'intéresse davantage au contrôle en aval qu'au processus de traitement comme tel »[1953]. À cela s'ajouterait, selon la Cour :

[L]a preuve que le concepteur de ce système a conçu un autre système pour lequel le MDDEP a pris quatre ans avant d'obtenir l'autorisation pour faire cesser les opérations, permet de conclure qu'il y a une "*possibilité de dommages sérieux ou irréversibles à l'environnement*"[1954].

41. Si la Cour ne réfère plus par la suite au principe de précaution, il est clair que cet élément est à la base de sa décision. Le tribunal reproche en effet au ministre d'avoir fait preuve de négligence dans l'analyse du système de traitement[1955], en plus de ne pas avoir respecté plusieurs directives applicables en la matière[1956]. De plus, il reproche au ministre de ne pas avoir tenu compte d'un projet similaire :

42. Dans aucun document déposé à la cour et à l'appui du certificat d'autorisation n'a-t-on pas fait référence à cette lamentable expérience pour le MDDEP ? Le projet Sainte-Béatrix avait été réalisé dans le même secteur, avec un système comportant plusieurs similitudes, avec le même ingénieur (consultant) qui a rédigé les plans et devis du système de traitement. […] Ce qui inquiète davantage est l'omission des analystes du MDDEP de traiter du dossier de Sainte-Béatrix, qu'ils connaissaient très bien pour avoir dû entreprendre des procédures en vue de fermer le site[1957].

1950 *Id.*, par. 280.

1951 La juge Duval Hesler écrit cependant en se fondant sur l'arrêt *Spraytech* de la Cour suprême du Canada, alors que le juge Reimnitz en l'espèce se fonde sur une disposition législative.

1952 St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 281. Cela est conséquent avec le fait que l'article 5 de la Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection ne crée pas un droit autonome. Voir Malartic (Ville) c. Québec (Procureur général), 2012 QCCA 1584 (CanLII), par. 71.

1953 St-Damien (Municipalité) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs), préc., note 30, par. 282-283.

1954 *Id.,* par. 284.

1955 *Id.*, par. 297.

1956 *Id.*, par. 321, 326.

1957 *Id.*, par. 395 et 401.

43. La Cour accueillit la demande de la municipalité et annula le certificat d'autorisation, concluant que le ministre avait fait preuve de négligence dans l'exercice de sa discrétion :

On ne peut abdiquer l'exercice du devoir du ministre de faire l'analyse du certificat. Le fait de faire porter les conséquences de ce choix sur les mesures à prendre après, si des problèmes surviennent, fait craindre que l'analyse du site projeté n'a pas été faite avec rigueur. La théorie du ministre est de soutenir qu'étant donné le peu de réglementation encadrant l'exercice de sa discrétion, il peut faire le choix de l'exercer après l'émission du certificat d'autorisation, dans le suivi des contrôles mis en place. Le tribunal considère cette approche comme déraison-nable[1958].

44. Dans l'arrêt *Courses automobiles Mont-Tremblant inc.* c. *Iredale*, la Cour d'appel du Québec énonça formellement que l'article 20 L.Q.E permettait de considérer le principe de précaution, référant d'ailleurs explicitement dans ses motifs à l'article de la professeure Trudeau[1959]. Or, dans ce qui aurait pu être l'arrêt de principe sur l'inclusion à cet article d'une analyse fondée sur le principe de précaution, la Cour d'appel du Québec prohiba dans les faits entièrement une telle démarche. En effet, dans son analyse, la Cour pose d'abord que la prohibition prévue par cette disposition n'est pas absolue, celle-ci devant être « susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain » ou « de causer du dommage […] aux biens »[1960]. De cela découlerait dans ce cas d'espèce que seul un bruit excessif peut être visé par cet article, lequel dépend d'une évaluation subjective du contexte :

C'est un truisme en effet de dire que la nocivité du bruit, aux fins du troisième volet de l'article 20 [de la *Loi sur la qualité de l'environnement*], ne peut être évaluée pareillement dans un centre urbain et dans un lieu champêtre, dans un quartier résidentiel et dans un quartier industriel[1961].

45. Si le principe de précaution s'avère pertinent selon la Cour dans l'analyse du troisième volet de l'article 20, celle-ci mentionne toutefois que :

[S]on application ne peut se satisfaire d'hypothèses. L'article 20 parle d'un contaminant dont l'émission est "susceptible de porter atteinte" ("is likely to affect") à la vie, la santé, la sécurité des humains, etc. Comment interpréter cette expression? Elle est assez large et peut sans doute inclure l'idée de

1958 *Id.*, par. 437-438.
1959 Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale, 2013 QCCA 1348 (CanLII), par. 101.
1960 *Id.*, par. 98.
1961 Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale, préc., note 91, par. 99.

"capacité latente" tout comme elle inclut certainement un événement "occasionnel". Elle ne peut cependant faire renvoi à la simple possibilité d'un préjudice, ce que confirme du reste l'usage du mot "likely" dans la version anglaise. Ce mot désigne ce qui est "probable; such as well might happen or be true" ou "to be reasonably expected". L'on envisage donc ici autre chose que des conjectures[1962].

46. Dans son analyse, la Cour d'appel rehausse donc le degré de « certitude » scientifique nécessaire à l'application du principe de précaution. En référant à un « évènement occasionnel », la Cour d'appel demeure dans les faits dans le spectre classique de la prévention, cette expression s'inscrivant dans la définition conventionnelle de la notion de « risque », le terme « occasionnel » dénotant d'ailleurs la survenance antérieure du dommage appréhendé. L'expression « capacité latente », bien qu'ambigüe, semble d'ailleurs s'inscrire dans une telle perspective. Loin d'intégrer le principe de précaution, le raisonnement de la Cour d'appel a plutôt pour effet de le nier, voire de restreindre la portée du principe de prévention classique. En effet, la « simple possibilité d'un préjudice » ne suffirait pas pour justifier l'application de cette norme, et ce, sans égard pour la gravité des dommages appréhendés; il serait nécessaire que la survenance du dommage soit probable, voire raisonnablement attendue. Ainsi, s'il est affirmé que le principe de précaution est sous-entendu par l'article 20 L.Q.E., force est d'admettre que l'interprétation qu'en a faite la Cour d'appel rend dans les faits inutiles l'affirmation de ce principe. En imposant que le risque de la survenance d'un dommage soit probable, si ce n'est raisonnablement attendu, la Cour évacue d'emblée toute considération d'éléments dont la connaissance scientifique est « incertaine ».

47. Il faut toutefois souligner qu'une telle interprétation est cohérente avec la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel du Québec portant sur cet article. Ainsi, dans l'affaire *Malartic (Ville)* c. *Québec (Procureur général)*, la Ville de Malartic, inquiète pour son approvisionnement en eau potable, intente un recours visant à obtenir la cessation des activités d'une sablière, fondant ses prétentions sur les articles 19.1 à 19.3 et 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, de même que sur les dispositions de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*[1963]. Le recours fut rejeté en première instance, le juge estimant que la Ville n'avait pas fait la démonstration de l'existence d'un risque réel de contamination de l'eau par les exploitants de la sablière. En appel, la municipalité soutient que :

[L]e juge de première instance a commis une erreur de droit en exigeant la preuve d'une contamination. Elle lui reproche d'avoir refusé de retenir l'opinion de ses experts en mentionnant qu'ils n'avaient émis que des hypothèses. Elle fait valoir que ses deux experts hydrogéologues n'ont pas été

1962 *Id.*, par. 101.

1963 Malartic (Ville) c. Québec (Procureur général), préc., note 84, par. 45 et 47.

contredits. Ils ont conclu à un risque réel et recommandé de proscrire toutes activités dans la sablière[1964].

48. La Cour d'appel reconnaît que « la preuve établit une vulnérabilité de l'aquifère où se retrouvent PP-6 et PP-7 qui partagent une aire d'alimentation commune »[1965]. Toutefois :

La preuve établit clairement que la nappe phréatique, à ce jour, n'a pas été contaminée. Le PGQ [Procureur général du Québec] et Forcier insistent fortement sur ce fait. Par ailleurs, ils plaident que le risque de rejet d'hydrocarbures est purement hypothétique et l'article 20 LQE ne protège pas la crainte que survienne un déversement accidentel d'hydrocarbures. Selon le PGQ, le contrôle préalable de l'activité susceptible de modifier la qualité de l'environnement est prévu à l'article 22 LQE et non à l'article 20. Or, puisque l'exploitation de la sablière bénéficie de droits acquis, il n'est donc pas nécessaire d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 LQE[1966].

49. La Cour continue :

Le PGQ soutient que la preuve de l'émission du dépôt, du dégagement ou du rejet d'un contaminant doit être faite pour qu'une ordonnance d'injonction soit prononcée sur la base de l'article 20 LQE. Il n'est pas suffisant que l'évènement soit "susceptible" de survenir. À l'audition, il reconnaît toutefois qu'une telle ordonnance peut être prononcée s'il y a imminence ou probabilité de l'émission, du dépôt, du dégagement ou du rejet d'un contaminant[1967].

50. La Cour d'appel conclut alors :

Pour obtenir la délivrance d'une ordonnance d'injonction, Malartic devait donc faire la preuve d'émission, de dépôt, de dégagement ou de rejet d'un contaminant au sens de l'article 20 LQE ou encore établir que la contravention à cet article était sur le point de se produire. L'article 20 LQE ne vise pas la crainte que survienne un accident environnemental.

Comme le plaide le PGQ, s'il fallait étendre la portée de l'article 20 LQE pour permettre de couvrir l'éventualité d'une contravention à la loi, cela risquerait de paralyser de nombreuses activités humaines sur le territoire du Québec[1968].

1964 *Id.*, par. 46.
1965 *Id.*, par. 66.
1966 *Id.*, par. 73.
1967 *Id.*, par. 74.
1968 *Id.*, par. 79-80.

51. La Cour rejette donc le recours de la municipalité, puisque bien que le risque d'une contamination de la nappe phréatique par les activités de la sablière soit réel, celui-ci n'est pas imminent. Il est intrigant de constater, tout d'abord, que la jurisprudence de la Cour d'appel considère depuis l'arrêt *Lafarge Canada inc*. c. *Québec (Procureur général)* que l'article 20 L.Q.E. prévoit un régime curatif, alors que l'article 22 L.Q.E. serait quant à lui préventif[1969]. Puisque l'article 20 L.Q.E. prévoit une prohibition générale de polluer, cette disposition semble plutôt s'inscrire en amont afin d'empêcher (ou « prévenir ») les atteintes écologiques, son libellé étant d'ailleurs muet quant à la réparation de telles atteintes. Il est difficile de comprendre en quoi l'article 22 L.Q.E., qui requiert quant à lui ni plus ni moins que tout acte pouvant contrevenir à l'article 20 L.Q.E. soit autorisé par le ministre[1970], s'inscrit davantage dans une démarche préventive. Mais plus étonnante encore est la nécessité, selon la Cour, qu'il y ait urgence afin d'accorder une injonction en vertu de l'article 19.2 L.Q.E. :

52. L'expression « sur le point de », utilisée par le législateur à l'article 19.3 LQE, vise à empêcher un évènement imminent et non tout évènement qui est susceptible de survenir. En l'espèce, Malartic n'a pas fait la démonstration qu'un déversement d'hydrocarbures est sur le point de survenir. Elle a simplement établi qu'elle avait des craintes à ce sujet, ce qui ne lui permet pas d'obtenir la délivrance d'une ordonnance d'injonction en vertu de la LQE[1971].

53. Pourtant, l'article 19.2 L.Q.E. prévoit que l'injonction vise à « empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte » au droit à la qualité de l'environnement prévu à l'article 19.1 L.Q.E. Ainsi, lu conjointement avec l'article 19.3 L.Q.E., on peut en conclure que la demande d'injonction peut être faite dès lors que « se produit ou est sur le point de se produire la contravention » découlant de « tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte » au droit à la qualité de l'environnement. Dès lors, suivant la lettre de la loi, il ne serait pas nécessaire de démontrer que des contaminants sont sur le point d'être

---

1969 *Lafarge Canada inc*. c. *Québec (Procureur général)*, [1994] R.J.Q. 1832 CanLII 5908 (QC C.A.), p. 6.

1970 « Nul ne peut ériger ou modifier une construction, entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ni augmenter la production d'un bien ou d'un service s'il est susceptible d'en résulter une émission, un dépôt, un dégagement ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement du ministre un certificat d'autorisation.
Cependant, quiconque érige ou modifie une construction, exécute des travaux ou des ouvrages, entreprend l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ou augmente la production d'un bien ou d'un service dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, un marécage ou une tourbière doit préalablement obtenir du ministre un certificat d'autorisation » : *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 42, art. 22, al. 1 et 2.

1971 Malartic (Ville) c. Québec (Procureur général), préc., note 84, par. 81.

déversés[1972], mais plutôt qu'une activité susceptible d'entraîner le déversement de contaminants se produit ou est sur le point de se produire. En mettant l'accent sur le fait qu'au moment du procès, aucune contamination de l'eau n'était détectable[1973], la Cour fait donc manifestement fi de la vocation préventive de ces dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

54. Il n'est donc guère étonnant de constater que la reconnaissance par la Cour d'appel du fait que le troisième volet de l'article 20 L.Q.E. est compatible avec le principe de précaution n'est tout au plus que cosmétique. Ainsi, si la Cour supérieure considère dans son jugement accordant une injonction interlocutoire dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement* c. *Oléoduc Énergie Est ltée* que l'absence d'analyse du ministre portant sur le principe de précaution, avant que celui-ci ne délivre un certificat d'autorisation permettant d'entreprendre des forages dans une aire de haute fréquentation du béluga, constituait un manquement démontrant la possibilité que cette décision soit déraisonnable[1974], il y a lieu de douter de la portée réelle d'une telle « obligation ».

B. Vers un soubassement législatif à la précaution : le retour de la prise en compte du risque incertain?

55. Dans la décennie qui suivit l'arrêt *Spraytech*, la législature du Québec adopta de nombreuses lois visant à accroître la protection juridique des ressources et des milieux naturels[1975]. Toutefois, à l'instar du législateur fédéral, le législateur québécois s'est gardé de lier trop fortement les mains de l'exécutif en matière environnementale, l'adoption de ces lois étant en effet représentative d'une volonté de mettre en place des outils permettant d'assurer la préservation de l'environnement sans toutefois imposer à l'exécutif l'obligation d'agir en ce sens[1976]. Ainsi, si ces instruments interdisent spécifiquement à toute personne d'accomplir certains gestes ou de créer certains états, ces règles s'effacent généralement dès lors que l'activité préjudiciable est dûment

---

1972 *Id.*, par. 82.

1973 *Id.*, par. 83.

1974 Centre québécois du droit de l'environnement c. Oléoduc Énergie Est ltée, 2014 QCCS 4398, par. 95.

1975 Voir notamment : Loi sur la conservation du patrimoine naturel, R.L.R.Q., c. C-61.01; Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, R.L.R.Q., c. C-61.1; Loi sur le développement durable, R.L.R.Q., c. D-8.1.1; Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, R.L.R.Q., c. C-6.2; Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier, R.L.R.Q., c. A-18.1; Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique, R.L.R.Q., c. M-11.4.

1976 Steven ROUSSEAU, Essai sur le rôle des principes de prévention et de précaution dans la reconnaissance d'un droit positif à un environnement sain et respectueux de la biodiversité au Québec, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2015.

autorisée par l'exécutif, lequel dispose usuellement d'un pouvoir discrétionnaire peu encadré[1977]. L'adoption d'une garantie quasi constitutionnelle des droits environnementaux dans la *Charte québécoise* illustre d'ailleurs parfaitement cette réticence à élever la protection de l'environnement au rang des principales fins de l'État québécois, cette garantie n'existant en effet que « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi »[1978]. Quant à l'article 19.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[1979], celui-ci s'avère inopposable à une autorisation légale de l'exécutif, et ce, sans égard pour les conséquences écologiques dudit acte[1980]. Sophie Thériault et Charles Tremblay-Potvin soulignent à ce propos que cette règle vise à « offrir aux titulaires d'autorisations environnementales la sécurité juridique nécessaire à la réalisation de leurs activités »[1981]. Elle démontre également que l'objectif d'œuvrer à la préservation de l'environnement, s'il s'est depuis plusieurs décennies immiscé dans les affaires politiques et juridiques, se prosterne inévitablement devant d'autres finalités antithétiques, notamment économiques, lesquelles sont généralement priorisées par la classe politique. Une telle situation est d'ailleurs exemplifiée de manière éloquente par le professeur David Boyd :

Environmental laws are almost always drafted in such a way as to give Canadian governments the *power* to take action or meet specified standards but *no duty* to take action or meet those standards. Discretion is one of the defining characteristics of Canadian environmental law, as it pervades almost every law, regulation, and policy. Seemingly insignificant differences in wording, such as using "may" instead of "must," transform potentially effective laws and regulations into paper tigers[1982].

56. La rationalité générale des lois environnementales actuelles est donc en porte-à-faux d'une véritable finalité d'assurer la protection des ressources et des milieux naturels. Il n'est donc guère étonnant de constater que le principe de précaution soit généralement absent de ces instruments.

1977 Voir: *Compagnie pétrolière Impériale Ltée* c. *Québec (Ministre de l'environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624; *Gestion Serge Lafrenière inc.* c. *Calvé*, [1999] R.J.Q. 1313 (C.A.). Toutefois, loin de se limiter au droit de l'environnement, la prépondérance de l'exécutif sur le pouvoir législatif serait récurrente en droit canadien et découlerait du parlementarisme canadien actuel : Stéphane BERNATCHEZ, « De la représentativité du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur : les fondements et les limites de la démocratie représentative », (2007) 48-3 *C. de D.* 449, 461.

1978 Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, art. 46.1.

1979 Loi sur la qualité de l'environnement, préc., note 42.

1980 *Id.*, art. 19.7.

1981 Sophie THÉRIAULT et Charles TREMBLAY-POTVIN, « Droit à l'environ-nement », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit de l'environnement », *Encadrement juridique*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, par. 8. Ces propos sont par ailleurs conformes à l'arrêt *Gestion Serge Lafrenière inc.* c. *Calvé*, préc., note 109.

1982 David R. BOYD, *Unnatural Law. Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2003, p. 231.

57. On peut toutefois identifier certaines mentions explicites au principe de précaution dans la législation environnementale québécoise. Ainsi, le législateur a adopté en 2006 la *Loi sur le développement durable*[1983], laquelle vise à « instaurer un nouveau cadre de gestion au sein de l'Administration afin que l'exercice de ses pouvoirs et de ses responsabilités s'inscrive dans la recherche d'un développement durable »[1984]. Afin de permettre la réalisation de cet objectif, le législateur québécois a incorporé à l'article 6 plusieurs principes opératoires spécifiques devant être pris en compte par l'exécutif, visant à l'amélioration des conditions de vie humaine, et la préservation d'un environnement de qualité pour l'espèce humaine ainsi que pour l'ensemble de la biodiversité[1985]. Parmi ces principes figurent notamment les principes de subsidiarité, du pollueur-payeur, ou encore le droit de conserver la biodiversité et de respecter la capacité de support des écosystèmes. Le paragraphe i) de cet article introduit quant à lui le principe de prévention, institué en véritable figure de proue de la protection environnementale, lequel prévoit qu'« en présence d'un risque connu, des actions de prévention, d'atténuation et de correction doivent être mises en place, en priorité à la source »[1986]. Le paragraphe j) introduit quant à lui le principe de précaution, indiquant que :

[L]orsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement[1987].

58. Cette loi a eu jusqu'à présent assez peu de répercussions sur l'ordre juridique québécois, les tribunaux l'ayant peu appliquée et la doctrine n'étant guère convaincue de son effectivité[1988]. De plus, le libellé du principe de précaution correspond sans équivoque à la formulation faible de celui-ci, laquelle est incitative plutôt qu'impérative. Néanmoins, l'introduction

---

1983 Loi sur le développement durable, préc., note 107.

1984 *Id.*, art. 1, al. 1.

1985 Donato BERGANDI et Patrick BLANDIN, « De la protection de la nature au développement durable : genèse d'un oxymore éthique et politique », (2012) 65-1 *Revue d'histoire des sciences* 103, 136 et suiv. Y voir également l'opposition entre l'approche de conservation des ressources « utiles » d'un point de vue anthropocentrique et l'approche de préservation de la biodiversité : p. 109 et suiv.

1986 *Loi sur le développement durable*, L.R.Q., c. D-8.1.1, art. 6i).

1987 *Id.*, art. 6j).

1988 Voir entre autres, sur l'effectivité de l'article 6 de cette loi énumérant les principes du développement durable : Paule HALLEY et Pierre-Olivier DES MARCHAIS, « Loi sur le développement durable du Québec », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit de l'environnement », *Encadrement juridique*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, par. 15; Catherine CHOQUETTE et David GILLES, « Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à en renforcer leur protection », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit de l'environnement », *Eau et aspect particulier*, fasc. 18, Montréal, LexisNexis Canada, par. 7.

de ces normes à l'article 6 de la *Loi sur le développement durable*[1989] conduisit la Cour supérieure, dans l'affaire *Wallot*[1990], à affirmer en *obiter dictum* que l'Administration publique québécoise avait désormais l'obligation de prendre en considération ce principe dans le cadre de ses diverses actions. Dans une telle optique, il n'est donc pas déraisonnable d'envisager la possibilité que le principe de précaution permette dans le cadre de cette loi l'élargissement de la prévention classique afin de prendre en compte l'ensemble des risques écologiques, dans une réelle logique de gestion des risques[1991]. Une telle éventualité requerrait néanmoins une inversion de la rationalité présidant l'application actuelle du principe de précaution devant les tribunaux.

59. Un tel renversement est peut-être envisageable avec certaines modifications récentes de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. En effet, le législateur québécois impose, dans le cadre de la mise en œuvre de l'*Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*, au ministre du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques de réaliser une « évaluation des impacts cumulatifs des prélèvements ou consommations d'eau dans le bassin du fleuve Saint-Laurent sur l'écosystème de ce bassin », laquelle doit notamment « prendre en compte les principes de prévention et de précaution »[1992]. De plus, l'article 31.76, nouvellement en vigueur, énonce l'obligation pour le ministre, lorsqu'il utilise son pouvoir d'autorisation en matière de prélèvement des eaux de surface ou souterraine, de prendre en compte, entre autres, le principe de précaution[1993]. Il est intriguant de constater que, contrairement à l'article 31.102, cette disposition ne fait pas mention du principe de prévention. Un tel oubli pourrait néanmoins être interprété comme la reconnaissance que le principe de précaution, en tant que norme impérative, englobe et dépasse le principe de prévention. Dès lors, il est à voir si l'évolution législative récente ne permettra pas le dépassement de la rationalité jurisprudentielle actuelle relative à la gestion des risques environnementaux.

****

60. Peu enraciné théoriquement et doctrinalement au Québec, le principe de précaution tel qu'évoqué par les juges québécois s'est éloigné de ses fondements philosophiques et de son essence même, ne gagnant guère en praticité et efficience. Loin de prolonger la responsabilité humaine prônée par Hans Jonas, loin de constituer « un principe pragmatique » exprimé juridiquement et

1989 *Loi sur le développement durable*, R.L.R.Q., c. D-8.1.1, art. 6j).
1990 *Wallot* c. *Québec (Ville)*, préc., note 30, conf. en appel : 2011 QCCA 1165.
1991 Steven ROUSSEAU, préc., note 108.
1992 *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 42, art. 31.102, al. 2.
1993 *Id.*, art. 31.76.

politiquement comme « réponse des sociétés démocratiques à de nouveaux risques »[1994], incertains par essence, il constitue un outil rhétorique accessoire au principe de prévention. Ce dernier phagocyte, sous la plume des juges, l'incertitude du risque à l'origine même du principe de précaution.

61. Le juge québécois et canadien, confronté à cette posture plus ambitieuse consistant à tenir « compte du risque », se refuse à faire une telle gestion de l'incertitude, au profit d'une posture sémantiquement et normativement discutable d'une gestion judiciaire plus classique. Le principe de précaution, dénaturé, est alors évoqué en lieu et place de la prévention.

62. Ce faisant, le juge québécois échappe certes à la dérive médiatique et politique que constituèrent certaines applications européennes, disons douteuses, du principe de précaution. En effet, à l'occasion du contentieux relatif aux antennes-relais, une partie de la doctrine a qualifié la solution jurisprudentielle française de « monstre conceptuel », assimilant le risque, en l'absence « de preuve de l'absence de risque »[1995], à un « risque certain », lui-même constitutif d'un dommage mettant en cause la responsabilité civile d'un installateur d'antenne-relais de téléphonie mobile.

63. Le législateur a certes laissé des ancrages permettant une jurisprudence plus ambitieuse. Certaines décisions jurisprudentielles montrent une vraie dynamique et une vraie préoccupation concernant la prise en compte du risque incertain et l'insertion du principe de précaution dans le système juridique québécois. On peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence de la distinction entre les deux risques et les deux principes. Peut-être que les juges s'interrogent sur cette pertinence, plutôt qu'ils ne l'ignorent superbement. Mais globalement, les juges québécois, jouant la prudence, se sont retranchés dans une posture attentiste, laissant peut-être au législateur le soin de réaffirmer les cadres qu'il entend voir respecter en matière de prévention et de précaution. Ce faisant, ils privent pour l'instant le principe de précaution de ses ailes, au profit d'une non-gestion juridique du risque incertain assurément préjudiciable à la résorption des problématiques environnementales contemporaines.

1994 Yves-Charles ZARKA, « Considérations philosophiques sur le principe de précaution », (2012) 76-4 *Revue de Métaphysique et de Morale* 483.

1995 Il est impossible de démontrer l'absence absolue de risque. Voir par exemple : Steven ROUSSEAU, préc., note 108, c. 4.

L'ESPRIT DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LE DROIT CRIMINEL CANADIEN : DE LA JUSTIFICATION DE LA CRIMINALISATION À L'APPLICATION DU DROIT POSITIF

Marie-Pierre Robert
Professeure agrégée
Université de Sherbrooke

Simon Roy
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

1. Dans l'état actuel des connaissances, force est d'admettre que la recherche scientifique est probablement un processus sans fin, toujours susceptible de raffinement. Cette conception n'est d'ailleurs pas nouvelle puisque Socrate concluait déjà, il y a plus de deux millénaires, que tout ce qu'il sait, c'est qu'il ne sait rien. Cette pensée philosophique se reflète maintenant dans les sciences pures « après avoir pensé tout savoir, la science sait maintenant suffisamment pour avoir une bonne idée de tout ce qu'elle ne sait pas »[1996].

2. Pourtant, le droit doit trancher, même dans les cas où la science ne le peut pas. Dans ce contexte, doit-il faire preuve de précaution afin d'éviter un risque substantiel, mais scientifiquement incertain ? C'est dans cette optique que s'articule souvent le principe de précaution, issu du droit de l'environnement, qu'on peut définir ainsi :

3. Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement[1997].

[1996] Danielle PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », dans Commission du droit du Canada, *Le droit et le risque : mémoires du concours Perspectives juridiques 2003*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 181, à la page 185.

[1997] Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable, 1990, par. 7, citée par *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c. *Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 31.

4. Un tel raisonnement trouve-t-il toutefois sa place en droit criminel canadien, soit dans un contexte où le coût à payer pour se protéger contre un éventuel risque scientifiquement incertain devra nécessairement être assumé par des accusés? Et si tel est le cas, comment arbitrer entre l'ampleur des sacrifices demandés et le risque autrement encouru?

5. Le principe de précaution cherche à répondre à ces questions en prenant résolument parti en faveur de la protection du bien commun contre le risque scientifiquement hypothétique. Si les traces explicites d'un tel raisonnement sont plutôt rares en droit criminel canadien, nous pouvons néanmoins en discerner l'ombre, autant au niveau de la justification de la criminalisation de certains comportements (partie I) que dans l'application des règles juridiques à des situations données (partie II).

I. L'esprit du principe de précaution dans la justification de la criminalisation

6. Nous proposons, dans cette première partie, d'élargir la réflexion plus traditionnelle entourant le principe de précaution, de l'affranchir des contextes environnemental et biotechnologique auxquels il est souvent associé, pour analyser le rôle plus général qu'il peut jouer dans la décision de l'État de criminaliser un comportement. Le droit criminel étant l'outil le plus puissant que l'État possède, il doit normalement être un dispositif de dernier recours, à mobiliser lorsque les autres branches du droit ne suffisent pas à gérer une problématique. Il n'est cependant pas pour autant nécessaire pour l'État d'amener des preuves scientifiques démontrant le problème auquel il souhaite s'attaquer. Nous utilisons ici l'expression « preuve scientifique » au sens de la jurisprudence canadienne, c'est-à-dire pour viser non seulement les preuves provenant des sciences pures, mais également celles provenant des sciences humaines et sociales.

7. Le risque de préjudice suffira normalement à justifier la mobilisation du droit criminel, que ce soit dans un contexte de justification des restrictions des droits et libertés de la personne (A) ou de la compétence fédérale en matière de droit criminel (B). Cependant, il faut rester conscient des risques associés à la surutilisation du droit criminel, celui-ci amenant une marginalisation et une clandestinité qui amènent une vulnérabilité chez les personnes visées par la sanction pénale (C).

A. La justification de la restriction des droits et libertés

8. Au Canada, il n'existe pas de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois ni de cour constitutionnelle chargée de cet exercice. Jouissant d'une présomption de constitutionnalité, les

lois s'appliquent d'emblée, mais toute personne ayant un intérêt suffisant peut en contester la constitutionnalité devant les tribunaux de droit commun.

9. En droit criminel, les accusés possèdent cet intérêt et plusieurs d'entre eux ont contesté la constitutionnalité de la disposition fondant leur accusation, notamment sur la base de la violation de leurs droits et libertés. Lorsqu'un accusé convainc le tribunal qu'une disposition restreint ses droits et libertés (par exemple, la liberté d'expression), il appartient à l'État de justifier la mesure législative en démontrant que les droits sont restreints « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »[1998], afin d'assurer la constitutionnalité de la mesure.

10. Pour ce faire, la jurisprudence a déterminé qu'il fallait identifier l'objectif de la mesure, ainsi que sa proportionnalité. Cet exercice nous amène à identifier le problème auquel le législateur souhaitait s'attaquer et les moyens qu'il a pris pour le faire. Des preuves de faits législatifs et sociaux peuvent être amenées devant les tribunaux. Cependant, le législateur ne possède pas toujours de preuve scientifique documentant l'ampleur du problème ni même de l'efficacité de la mesure proposée. Ainsi, bien souvent, il y a absence de preuve scientifique de l'effectivité de la criminalisation d'un comportement, alors que la violation des droits et libertés qu'elle amène est, elle, bel et bien prouvée.

11. La justification de la criminalisation, dans le contexte des droits et libertés, amène devant les tribunaux plusieurs questions difficiles à résoudre, puisqu'elles relèvent de l'évaluation du comportement humain. La publicité à la télévision influence-t-elle les enfants[1999]? La propagande haineuse augmente-t-elle la violence contre les minorités[2000]? La consommation de marihuana cause-t-elle un préjudice à la société[2001]? La publicité sur le tabac en fait-elle augmenter la consommation? Il est raisonnable de le penser, mais nous n'en avons pas nécessairement de preuve scientifique.

12. Ces questionnements ont donné lieu à une intéressante jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur les standards de preuve applicables à la justification de la violation des droits et libertés. Parmi les arrêts consacrés à la question, nous avons choisi ceux visant l'obscénité et la pornographie juvénile, qui ont clairement répondu à cette question.

1998 Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 1.

1999 Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

2000 *R.* c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

2001 *R.* c. *Malmo-Levine*; *R.* c. *Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

13. Dans l'arrêt *Butler*[2002], l'accusé contestait la constitutionnalité de la criminalisation de la possession et de la vente de matériel obscène[2003] en se basant sur la violation de sa liberté d'expression. Celle-ci étant démontrée, l'État devait la justifier. Pour ce faire, l'État a plaidé avec succès que l'objectif de la criminalisation de ces comportements était d'éviter qu'un préjudice ne soit causé à la société en général, et aux femmes en particulier. Plus précisément, l'argument de l'État était que la consommation de matériel obscène pouvait alimenter des fantasmes et produire ainsi un effet cognitif qui peut encourager une personne à agir de façon antisociale en commettant des crimes sexuels. L'État n'a cependant pas été en mesure de prouver scientifiquement que le matériel obscène avait cet effet. Néanmoins, la Cour suprême du Canada a accepté cette supposition comme étant raisonnable, et donc susceptible de remplir le critère du lien causal entre la mesure et l'objectif, même en l'absence de preuves scientifiques. La Cour écrit :

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. (p. 502) […]

Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel qui s'est dit d'avis que le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] "une appréhension raisonnée du préjudice" résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation.

En conséquence, j'estime qu'il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement. (p. 504)

14. Suite à cette analyse, les infractions relatives à l'obscénité ont donc été considérées constitutionnelles. Dans cet arrêt *Butler*, la violence faite aux femmes est qualifiée de problème social grave[2004], ce qui se rapproche de la notion de dommage grave que l'on trouve dans la définition du principe de précaution. C'est notamment compte tenu de l'importance de ce problème

---

2002 *R.* c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

2003 Le matériel obscène est défini à l'article 163(8) C.cr. : « Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. »

2004 *R.* c. *Butler*, préc., note 7, pp. 508 et 509. « Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes ».

social que la Cour accepte de justifier le recours au droit criminel, en l'absence de preuve scientifique.

15. Une logique très similaire a été adoptée dans l'arrêt *Sharpe* [2005] relatif à la criminalisation de la possession de la pornographie juvénile[2006]. Après que l'accusé eut démontré que cette infraction portait atteinte à sa liberté d'expression, l'État a réussi à justifier cette restriction sur la base de l'article premier de la Charte. On aurait pu imaginer qu'en s'inspirant de l'arrêt *Butler*, l'État définisse l'objectif de la mesure comme étant la prévention des préjudices aux enfants. Cependant, l'objectif identifié par la Cour est celui de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte appréhendée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants, ce qui est plus précis. On reconnaît ici dans la définition de l'objectif la norme de crainte de préjudice énoncée dans *Butler* dans le cadre du critère du lien rationnel.

16. La question de la norme de preuve s'est posée dans cette affaire également et la Cour suprême, s'appuyant sur l'affaire *Butler*, a, ici encore, rejeté l'exigence de preuve scientifique :

Il se pose dès lors une question cruciale en l'espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l'existence d'un préjudice – une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d'une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s'agit là d'une norme trop exigeante. Dans l'arrêt *Butler*, précité, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d'éléments de

---

2005 *R.* c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

11 L'article 163.1 (1) C.cr. définit la pornographie juvénile : « Au présent article, *«pornographie juvénile»* s'entend, selon le cas :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit, de toute représentation ou de tout enregistrement sonore qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi;

c) de tout écrit dont la caractéristique dominante est la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi;

d) de tout enregistrement sonore dont la caractéristique dominante est la description, la présentation ou la simulation, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi. »

preuve concrets et a conclu qu'une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l'espèce. [2007]

17. Selon cette norme de preuve, la Cour conclura à l'existence d'un lien rationnel entre la criminalisation de la possession de la pornographie juvénile et la crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants, selon le raisonnement suivant : Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étayent l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral. (…) Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question.[2008]

18. Suite à cette jurisprudence, il est donc clair que, même en l'absence de preuve scientifique, on peut justifier une atteinte aux droits et libertés par une crainte raisonnée de préjudice. Dans *Sharpe*, la Cour va encore plus loin que dans *Butler*, en se fondant en outre sur le bon sens et la déduction[2009].

19. En fait, l'exercice de justification de la restriction d'un droit ou d'une liberté protégée par la Charte est beaucoup moins un exercice d'évaluation de preuve scientifique qu'un exercice de confrontation de valeurs. La professeure Danielle Pinard décrie d'ailleurs cette illusion de certitude et de neutralité dans l'exercice de contrôle de constitutionnalité, présenté comme exercice d'évaluation de données empiriques ou objectives plutôt que de pondération de valeurs sociales[2010]. Selon elle, le discours de la Cour sur les faits sociaux amène malheureusement une occultation de son pouvoir de décision[2011].

2007 *R.* c. *Sharpe,* préc., note 10, par. 85 (nous soulignons).

2008 *Id.*, par. 88 et 89 (nous soulignons).

2009 *Sharpe,* préc., note 10, par. 94.

2010 D. PINARD, préc., note 1, p. 188 et 189; Danielle PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires » (2014) 48 *R.J.T.* 1.

2011 D. PINARD, préc., note 1, p. 191.

20. Cette norme de crainte raisonnée de préjudice dans la détermination de la constitutionnalité de la criminalisation d'un comportement va également être utilisée dans la jurisprudence relative au partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, en particulier en matière de droit criminel.

B. La compétence législative en matière de droit criminel

21. En vertu de l'alinéa 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[2012], le Parlement fédéral a compétence exclusive sur le droit criminel, ce qui a amené les tribunaux à développer toute une jurisprudence sur ce qu'est le droit criminel (par opposition au droit pénal). Les tribunaux ont déterminé que le droit criminel implique une interdiction, assortie d'une sanction, mais exige également la présence d'un « objet valide de droit criminel »[2013], lequel peut notamment relever de la paix, la sécurité, l'ordre public ou la santé publique. La législation criminelle doit donc viser un objectif légitime, c'est-à-dire qu'elle doit s'attarder à la répression d'un « mal » et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes. Des questions relatives à l'existence ou à la sévérité de ce problème ou de ce « mal » peuvent se poser, questions qui pourraient être réglées en ayant recours à une preuve scientifique, qui n'est pas toujours disponible ou concluante. Parmi cette jurisprudence relative à la compétence en droit criminel où se pose la question de l'absence de certitude scientifique, nous retenons les arrêts relatifs à la criminalisation de la possession simple de marihuana et de la procréation assistée.

22. Dans l'arrêt *R.* c. *Malmo-Levine; R.* c. *Caine*[2014], les appelants contestaient la criminalisation de la simple possession de marihuana, en se fondant à la fois sur la violation du droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte canadienne et sur le partage des compétences législatives. Ils plaidaient que cette interdiction ne relevait pas du droit criminel, car la possession de marihuana est un comportement qui ne porte préjudice à personne – ni au consommateur ni à la société. En ce qui concerne le consommateur, il n'existerait selon eux aucune preuve convaincante de l'existence d'un préjudice « important » ou « non négligeable »[2015]. Autrement dit, c'est un crime sans victime.

2012 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
2013 Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.), [2000] 1 R.C.S. 783, par. 27.
2014 *R.* c. *Malmo-Levine*; *R.* c. *Caine*, préc., note 6.
2015 *Id*., par. 40.

23. Cette prétention a été rejetée par la Cour suprême du Canada, qui estime que la criminalisation a pour but de protéger les personnes vulnérables, qui peuvent être affectées par la consommation de marihuana : femmes enceintes, schizophrènes, consommateurs chroniques, etc. Pour en venir à cette conclusion, la Cour suprême reprendra l'argumentation développée dans l'affaire *Butler*. Le critère de la crainte raisonnée de préjudice, développée dans le contexte de la violation des droits et libertés, se trouve donc appliqué également au contexte du partage des compétences législatives :

La consommation de marihuana peut donc à juste titre faire l'objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. Dans l'arrêt *Butler*, p. 504, notre Cour a conclu que le Parlement peut agir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice et, à notre avis, il peut également intervenir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette ». Au vu des conclusions concordantes des juridictions inférieures sur la question du « préjudice », nous confirmons que la Loi en général et l'inscription de la marihuana à l'annexe en particulier, ressortissent à la compétence législative reconnue au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[2016].

24. Cet arrêt opère donc un élargissement jurisprudentiel de l'absence de nécessité de preuve scientifique, qui s'applique maintenant dans le contexte du partage des compétences législatives.

25. Le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*[2017], poursuit dans cette lignée, en posant la question du rôle que la moralité joue comme objet véritable de droit criminel et de la preuve nécessaire à ce sujet. Les dispositions de cette loi visent la procréation assistée, interdisant notamment le clonage, la création de chimères et la vente de matériel reproductif humain, réglementant la manipulation de ce matériel et créant une agence sur la procréation assistée. La constitutionnalité de ces mesures a déchiré la Cour, qui a rendu trois séries de motifs (4 juges, 4 juges, 1 juge).

26. Quatre juges, sous la plume de la juge en chef McLachlin, estiment non seulement que la protection de la moralité demeure un objet valide de droit criminel, assurant la constitutionnalité de la loi, mais également que des motifs raisonnables de croire que la loi vise la moralité est suffisant :

2016 *Id*., par. 78.

2017 Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

Le droit criminel peut viser le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu'il compromette nos règles morales fondamentales : *Malmo-Levine*, par. 78. La désapprobation morale suffit en elle-même à justifier le recours au droit criminel lorsqu'il s'agit de résoudre des questions qui sont inhérentes à la société. Chacun a son propre point de vue sur une question comme celle de la création artificielle de la vie humaine. Cependant, dans une analyse axée sur le fédéralisme, on s'attache à l'importance de la question morale, et non à l'existence ou à l'inexistence d'un consensus social quant à la manière dont il convient de la régler. Le Parlement a seulement besoin de motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question morale d'une importance fondamentale, même s'il n'y a pas de preuve tangible à certains égards parce que « la situation n'est pas encore nette » : *Malmo-Levine*, par. 78. Que la loi puisse porter atteinte aux libertés individuelles garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* est une autre affaire[2018].

27. Quatre autres juges, sous la plume des juges Lebel et Deschamps, estiment que cette approche s'écarte de la jurisprudence antérieure et est dangereuse, en ce qu'elle donne carte blanche au Parlement fédéral, d'une manière qui écarte la possibilité de contrôle judiciaire, les motifs raisonnables de croire que la morale est visée étant un fardeau différent de l'appréhension raisonnée de préjudice. Ils estiment que « [l]'exigence d'un fondement concret et d'une appréhension raisonnée du préjudice se pose tout autant lorsque l'intervention législative est fondée sur la morale »[2019]. Selon eux, l'approche de la juge en chef « […] revient à exclure totalement l'élément matériel servant à délimiter le droit criminel. Elle va non seulement bien au-delà de la morale, qui ne tient alors lieu que d'élément formel, mais elle englobe inéluctablement d'innombrables aspects de matières ou conduites très diverses, comme la participation à un service religieux, la vie commune de personnes non mariées ou même l'aide internationale, des sujets qui, même s'ils mettent en jeu des questions morales dont l'importance fait consensus, ne peuvent être considérés comme relevant tous du droit criminel »[2020].

28. Le neuvième juge de la Cour, le juge Cromwell, qui rédige ses propres motifs, ne se prononce malheureusement pas sur cette question de la moralité. La question de fardeau de preuve qui repose sur l'État lorsqu'il invoque la moralité comme fondement du droit criminel reste donc ouverte.

29. On peut à tout le moins dire que, lorsqu'il est question de justifier le recours au droit criminel canadien, tant dans le contexte de la restriction d'un droit qu'au plan du partage des

2018 *Id*., par. 50 (nous soulignons).
2019 *Id*., par. 238.
2020 *Id*., par. 238.

compétences, la jurisprudence a estimé que « l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir »[2021]. Cependant, un recours au droit criminel dans des conditions inappropriées peut également comporter des risques de préjudices pour les personnes vulnérabilisées par la criminalisation. À ce sujet, l'exemple des infractions relatives à la prostitution est éloquent.

C. L'envers de la médaille : les risques associés à la criminalisation

30. Dans le récent arrêt *Bedford*[2022], la Cour suprême du Canada a eu à se pencher sur la constitutionnalité des infractions reliées à la prostitution (communication, vivre des fruits et tenue d'une maison de débauche), sur la base de l'atteinte à la sécurité des personnes qui s'y livrent. La Cour a estimé que la criminalisation de ces activités empêche les prostitués de prendre les mesures qui permettraient d'augmenter leur sécurité, comme embaucher un garde du corps ou communiquer avec le client afin d'évaluer sa dangerosité (liée à son agressivité ou à sa consommation). La criminalisation des activités – et non seulement les activités en elles-mêmes – crée un risque supplémentaire de violence, affectant la sécurité de la personne. La Cour trace le parallèle suivant : si le législateur interdisait le port du casque de vélo, augmentant les risques de blessures des suites d'accidents de bicyclette, il serait responsable de cette augmentation, qui serait attribuable à l'action étatique et non seulement aux dangers inhérents à la conduite cycliste[2023]. La cour estime qu'il y a un lien de causalité suffisant (c'est le critère qu'elle fixe) entre l'action étatique et l'atteinte à la sécurité de la personne aux fins de l'analyse constitutionnelle dans le cas de la prostitution.

31. Cette atteinte à la sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, car les dispositions contestées ont une portée excessive et sont arbitraires. La violation de l'article 7 de la Charte canadienne n'est pas justifiée dans une société libre et démocratique, ce qui fait que ces dispositions ont été déclarées inconstitutionnelles.

32. Cet arrêt fait beaucoup référence au risque (45 fois). La question des risques accrus de violence associés à la criminalisation de certaines activités reliées à la prostitution pose une question complexe qui nécessite une preuve de faits sociaux, établie par preuve d'expert, rapports, études, documents parlementaires, etc. Bref, il s'agit d'une preuve qui relève des sciences sociales. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême a déterminé, pour la première fois, que les faits sociaux ou législatifs, c'est-à-dire ceux « qui intéressent la société en général et qui sont établis au moyen d'une

2021 *Supra*, note 2.
2022 Canada (Procureur général) c. Bedford, [2013] 3 R.C.S. 1101.
2023 *Id.*, par. 87.

preuve complexe relevant des sciences sociales »[2024] commandent le même degré de déférence que les faits en litige. Sur cette base, la Cour suprême a décidé dans le même sens que la juge de première instance.

33. Cet arrêt démontre que la décision de criminaliser un comportement peut aussi avoir des effets néfastes, le droit criminel étant une lame à deux tranchants qui peut être utilisée pour protéger contre un préjudice, mais qui peut aussi créer un préjudice ou un risque accru de préjudice.

II. L'esprit du principe de précaution dans l'application du droit criminel positif

34. Si l'essor du principe de précaution en droit criminel canadien se résume à quelques percées timides lors de la détermination de la constitutionnalité d'une disposition législative, l'importance de ce concept lors de l'application du droit criminel positif dans un contexte judiciaire n'est guère plus convaincante. Cet état de fait résulte en grande partie d'un long historique d'incohérences scientifiques en droit criminel canadien (A), incohérences qui trahissent une préférence pour les solutions considérées socialement acceptables même si elles sont scientifiquement discutables. Dans le meilleur des cas, les données scientifiques forceront les juges à opter pour la prudence, proche parente du principe de précaution (B).

A. L'incohérence scientifique du droit criminel canadien

35. Le concept même du principe de précaution suppose intrinsèquement une approche légale empreinte de déférence face au savoir scientifique. En effet, il serait pour le moins paradoxal que le droit se soucie des solutions applicables dans un contexte d'incertitudes scientifiques tout en faisant par ailleurs complète et totale abstraction de la non-conformité de ses règles aux concepts scientifiques reconnus et qui font l'objet d'un consensus.

36. Dans cette optique, il n'est guère étonnant que le principe de précaution trouve peu d'échos en droit criminel canadien puisque l'examen de la validité scientifique de certains articles de notre Code ferait rapidement grimacer tout scientifique digne de ce nom. Un exemple parmi tant d'autres de cette affirmation réside à l'article 233 du *Code criminel* qui se lit ainsi:

233. Une personne du sexe féminin commet un infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l'acte ou de l'omission elle

---

2024 *Id*., par. 48.

n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré.

37. Cet article présuppose donc que l'allaitement peut causer un déséquilibre mental chez la mère. Pourtant, les recherches scientifiques sont clairement d'avis contraire, certaines appuyant même l'idée d'un effet bénéfique[2025]. Au surplus, le déséquilibre de l'esprit est manifestement couvert par la défense de troubles mentaux prévue à l'article 16 du *Code criminel*. Dans ce contexte, il devient certes difficile de justifier scientifiquement une défense de troubles mentaux spécifique aux hypothétiques cas de lactations qui causent un déséquilibre mental. À impact égal, comment peut-on en effet justifier scientifiquement une solution légale différente en fonction de l'origine du trouble mental?

38. C'est néanmoins la position retenue par le droit en matière de troubles mentaux au prétexte qu'il s'agit essentiellement d'une question de nature juridique et non uniquement scientifique comme le démontre la lecture du passage suivant de l'arrêt *Bouchard-Lebrun*:

En vertu du *Code criminel*, la maladie mentale représente un concept juridique qui comprend une dimension médicale. Bien que l'expertise médicale constitue une composante essentielle de l'exercice de qualification juridique, il est acquis depuis longtemps en droit positif que la qualification d'une condition mentale comme un « trouble mental » demeure une question de droit que le juge du procès doit trancher. […]

39. Ainsi, le juge du procès n'est pas lié par la preuve médicale puisque celle-ci ne prend généralement pas en considération les éléments d'ordre public qui font partie de l'analyse requise par l'art. 16 *C. cr.*. De même, l'opinion d'un expert sur la question juridique de savoir si la condition mentale de l'accusé constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens du *Code criminel* ne jouit que de « peu ou d'aucune valeur probante »[2026].

40. Autrement dit, l'incohérence scientifique du droit criminel canadien s'explique essentiellement par la place parfois secondaire qu'occupe la vérité (scientifique ou autre) dans le processus pénal. À ce sujet, le professeur Pierre Patenaude écrivait : « Il arrive que la recherche de la vérité doive s'estomper devant les impératifs jugés supérieurs; parfois même, le droit préférera

---

2025 Voir notamment Cristina BORRA, Maria IACOVOU et Almudena SEVILLA, « New Evidence on Breastfeeding and Postpartum Depression: The Importance of Understanding Women's Intentions », (2015) 19 *Matern Child Health J* 897.

2026 *R.* c. *Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575, par. 61 et 62.

l'erreur scientifique à cause d'impératifs prépondérants, principalement, ceux de la justice et de la liberté »[2027]. Plus encore, l'acception de résultats juridiques scientifiquement discutables est parfois jugée préférable aux efforts nécessaires pour obtenir l'éclairage scientifique adéquat. C'est du moins l'opinion du juge Major dans l'arrêt *R.* c. *D.D.* : « Enfin, la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en « un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter »[2028].

41. Heureusement, quelques rayons de rigueur scientifique viennent parfois percer le firmament juridiquement autrement sombre pour la science. Ce fut notamment le cas en matière de crimes reliés à la transmission du VIH, domaine où, pour paraphraser les termes de la Cour suprême, une certaine adaptation aux rapides progrès scientifiques l'emporte : « Cet énoncé général n'empêche pas la *common law* de s'adapter aux avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en cause »[2029].

B. À défaut de précaution, vive la prudence

42. Si les exemples clairs du recours au principe de précaution se font rares en droit criminel canadien, le corpus jurisprudentiel entourant la transmission du VIH est empreint d'une approche basée sur sa proche parente, soit la prudence.

43. Cette approche s'installe dans le cadre de l'affaire *Thornton*. Dans ce dossier, l'accusé a donné du sang lors d'une collecte organisée par la Croix-Rouge en 1987 alors qu'il se savait porteur du VIH, son état ayant été auparavant confirmé par deux tests de dépistage positifs. Heureusement, la Croix-Rouge utilisait un système de détection qui lui a permis d'écarter le sang contaminé avant qu'il ne soit utilisé dans le cadre d'une transfusion. Suite à ces événements, Thornton a été accusé d'avoir enfreint l'article 180 du *Code criminel* dont la portion pertinente aux fins de l'espèce se lit ainsi :

(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque commet une nuisance publique, et par là, selon le cas :

2027 Pierre PATENAUDE, *L'expertise en preuve pénale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 196.

2028 *R.* c. *D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 56.

2029 *R.* c. *Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 95.

a) met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public; ***[…]***
(2) Pour l'application du présent article, commet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là, selon le cas :
a) met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public […]

44. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le faible risque de contamination est invoqué par la défense afin de soulever un doute raisonnable quant à la mise en danger de la santé du public. En effet, la preuve déposée au procès démontre que les mesures de détection appliquées par la Croix-Rouge permettent de déceler 99,3% des échantillons contaminés et que ce fut d'ailleurs le cas pour l'échantillon provenant de M. Thornton[2030]. Est-ce à dire que devant un si faible risque de contamination, un acquittement s'impose ? La Cour d'appel de l'Ontario conclut au contraire que ce risque est suffisant puisque l'ampleur du dommage possible impose une norme de prudence particulièrement élevée : « When the gravity of the potential harm is great, in this case "catastrophic", the public is endangered even where the risk of harm actually occurring is slight, indeed even if it is minimal »[2031].

45. Dans la mesure où l'affaire *Thornton* conclut qu'un risque de moins de 1% de réalisation d'un préjudice peut suffire, il faut évidemment alors se demander à quel moment atteint-on le point de rupture au-delà duquel la gravité extrême du préjudice possible ne saurait compenser le caractère improbable de sa survenance. La réponse à cette question provient en partie d'une seconde affaire de contamination par le VIH, soit l'arrêt *Mabior*. Dans cette affaire, l'accusé avait entrepris des rapports sexuels protégés alors qu'il était porteur du VIH sans divulguer cette information à ses partenaires. Fait important aux fins du dossier, la charge virale de l'accusé était jugée faible en raison de la médication qui lui était administrée[2032].

46. Devant ces faits, la Cour suprême conclut que le consentement de la victime à la relation sexuelle sera vicié s'il existe une « possibilité réaliste de transmission du VIH »[2033], ce qui exclut d'emblée de se satisfaire du moindre risque aussi minime soit-il[2034]. La Cour reprend toutefois l'idée d'une proportionnalité inverse entre la gravité du préjudice encourue et le risque de contamination. En effet, « [p]lus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande » [2035].

2030 *R*. c. *Thornton*, [1991] O.J. No. 25, par. 24.
2031 *Id.*, par. 27; confirmé par *R*. c. *Thornton*, [1993] 2 R.C.S. 445.
2032 *R*. c. *Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584.
2033 *Id.*, par. 84.
2034 *Id.*, par. 85.
2035 *Id.*, par. 86.

47. La Cour se penche ensuite sur la preuve déposée en l'instance afin d'évaluer le risque présenté par le comportement de l'accusé en l'espèce. Elle signale d'abord que le risque de transmission du VIH lors d'une relation sexuelle non protégée pourrait être aussi bas que 0,05% selon la preuve scientifique déposée au dossier[2036]. Cette probabilité diminue de 80% lorsque la relation implique l'usage d'un condom[2037] , comme c'était le cas pour certaines des relations sexuelles visées en l'espèce, ce qui place le risque de contamination à 0,01%. Finalement, la médication utilisée par l'accusé réduit potentiellement de 96% le taux de contamination[2038], ce qui nous permet d'estimer le risque encouru à 0,0004%, soit 1 chance sur 250 000.

48. Devant de tels chiffres, force est d'admettre que le risque d'infection est si bas qu'il ne saurait justifier la criminalisation du comportement. C'est d'ailleurs la conclusion retenue par la Cour dans cette affaire à l'égard des relations sexuelles vaginales protégées impliquant un accusé ayant une charge virale faible ou indétectable. La Cour en arrive toutefois à une conclusion autre pour une portion des accusations en cause dans l'affaire *Mabior*, puisque ces dernières découlaient de relations sexuelles vaginales non protégées impliquant un accusé ayant une charge virale faible ou indétectable[2039]. Dans ce contexte précis, il y a, selon la Cour, une possibilité réaliste de transmission du VIH, possibilité que l'on peut estimer à 0,002% ou 1 chance sur 50 000.

49. Il va sans dire que le raisonnement de la Cour ne saurait trouver sa justification dans le simple recours aux chiffres. En effet, il suffirait, d'un point de vue strictement mathématique, de cumuler cinq relations sexuelles vaginales protégées avec un partenaire à charge virale faible pour atteindre un pourcentage de risque de transmission équivalent à une relation sexuelle vaginale non protégée avec un partenaire à charge virale faible. Force est plutôt de conclure que c'est le défaut de prendre des précautions élémentaires et peu contraignantes, soit le port du condom, qui justifie la criminalisation du comportement de l'accusé.

Conclusion

50. Il peut être tout à fait constitutionnel de criminaliser un comportement qu'on pense nuisible, même en l'absence de preuve scientifique et ce, autant au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* que du partage des compétences législatives. Sans qu'aucune des

2036 *Id.*, par. 97.
2037 *Id.*, par. 98.
2038 *Id.*, par. 101.
2039 *Id.*, par. 109.

décisions analysées ne fasse référence explicitement au principe de précaution, on voit que celui-ci est loin d'être étranger à la logique encadrant le pouvoir de criminaliser au Canada.

51. Dans ce domaine comme dans plusieurs autres, les tribunaux canadiens ont développé une approche pragmatique. La question de la criminalisation d'un comportement est beaucoup plus une affaire de valeurs qu'une affaire de preuve scientifique. Comme l'écrit la professeure Danielle Pinard : « Malgré un discours contraire, la preuve factuelle, même scientifique, ne semble jouer qu'un rôle tout à fait relatif »[2040].

52. En effet, la protection des personnes vulnérables (femmes, enfants, consommateurs chroniques, prostitués) semble fondamentale dans la décision de criminaliser un comportement, même en l'absence de certitude scientifique à ce sujet.

53. Un constat similaire s'impose si nous situons l'analyse de l'impact du principe de précaution au niveau de l'application judiciaire des règles à des situations factuelles scientifiquement complexes. En effet, les règles élaborées par le corpus jurisprudentiel entourant la transmission du VIH appuient certes l'idée que la science et ses incertitudes sont souvent reléguées au second rang par les tribunaux qui leur préfèrent des concepts reposant davantage sur des notions d'éthique et de justice. Bref, entre la solution empiriquement logique et la solution socialement raisonnable, le droit criminel canadien hésite peu. C'est d'ailleurs peut-être ainsi que le droit criminel canadien se rapproche le plus de l'esprit du principe de précaution en ce que l'absence de conclusion scientifique avérée ne l'empêchera pas de préconiser une solution susceptible de réduire un risque hypothétique, notamment si la réalisation de ce dernier met en danger un groupe vulnérable.

[2040] Danielle PINARD, « Incertitude et risques : la preuve en matière constitutionnelle », Hélène DUMONT et Joost BLOM (ss. dir.) *Science, vérité et justice*, Montréal, Thémis, 2000, p. 65, à la page 93.

LA PRÉVENTION DES RISQUES INCERTAINS EN DROIT PÉNAL CANADIEN DE L'ENVIRONNEMENT

Paule Halley[*]

Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval,

Membre du Barreau du Québec

1. Bien que l'introduction du principe de précaution en droit de l'environnement canadien ait été qualifiée de timide[2041], discrète et hésitante[2042], il est bel et bien présent et participe à sa façon à l'évolution du droit de l'environnement. Ses origines et ses incidences en droit international de l'environnement[2043] et dans les droits nationaux[2044] font déjà l'objet de nombreuses communications et d'écrits savants, dont le nombre ne cesse de croître. Devant l'attention de plus en plus importante que les tribunaux accordent au principe de précaution et la progression de son inscription dans les lois, il demeure pertinent de commenter les

---

[*] L'auteure tient à remercier Cindy Gagnon, assistante de recherche, membre du Barreau du Québec et candidate au doctorat en droit à l'Université Laval, pour ses recherches documentaires, ainsi que Nadine Martin, co-directrice de la Chaire, pour ses relectures, ses recommandations et l'édition de ce texte.

2041 David L. VANDERZWAAG, Susanna D. FULLER et Ransom A. MYERS, « Canada and the Precautionary Principle/Approach in Ocean and Coastal Management: Wading and Wandering in Tricky Currents », (2003) 34-1 *Rev. D. Ottawa* 117, 133.

2042 Hélène TRUDEAU et Thérèse LEROUX, « Conjurer un sort incertain : le principe de précaution et l'évaluation des espèces en péril au Canada », (2008) 87 *R. du. B. can.* 161, 164.

2043 Voir par exemple David FREESTONE et Ellen HAY, *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, La Haye, Kluwer Law International, 1996; Arie TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2002; Harold HOHMANN, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, Londres, Graham & Trotman, 1999; Ronnie HARDING et Elizabeth C. FISHER, *Perspectives on the Precautionary Principle*, Sydney, Federation Press, 1999; Joakim ZANDER, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

2044 Sur le droit canadien, voir Hélène TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ? », (2002) 43-1 *C. de D.* 103; Geneviève CARTIER, « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif », (2002) 43 *C. de D.* 79; Theresa McCLENAGHAN, Kathleen COOPER, Loren VANDERLINDEN, Paul MULDOON, Alan ABELSOHN, Kapil KHATTER et Karyn KEENAN, « Environmental Standard Setting and Children's Health: Injecting Precaution into Risk Assessment », (2003) 12 *J.E.L.P.* 245; Hélène TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 *Queen's L.J.* 455; D. L. VANDERZWAAG, S. D. FULLER et R. A. MYERS, préc., note 1; Suzanne COMTOIS, « L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien », (2006) 66 *R. du. B.* 401; Jaye ELLIS, « Overexploitation of a Valuable Resource? New Literature on the Precautionary Principle », (2006) 17-2 *E.J.I.L.* 445; H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 2; Chris TOLLEFSON et Jamie THORNBACK, « Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts », (2009) 19 *J.E.L.P.* 33.

développements récents et de chercher à mesurer sa consécration formelle et sa présence substantielle dans le droit de l'environnement.

2. Le principe de précaution se présentant sous diverses formulations, nous retenons la version du principe la plus connue et souvent citée qui figure au principe 15 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*[2045] [ci-après Déclaration de Rio] de 1992 : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

3. Cette version est généralement attribuée à l'expression allemande « Vorsorgeprinzip » introduite dans la législation fédérale de l'environnement dans les années 1970 et signifiant « forecare » ou « foreconcern »[2046]. Au moment même où la protection juridique de l'environnement prenait de l'ampleur sur les scènes internationale et nationales, le principe a reçu une large réception.

4. Par ailleurs, comme pour l'Allemagne, l'idée de précaution était déjà présente à l'intérieur de nombreux droits nationaux et à travers différentes cultures, et cela, avant l'avènement du principe de précaution de la Déclaration de Rio. Ces différentes règles dérivant du bon sens, de la prévoyance envers autrui et de la responsabilité personnelle interviennent aussi au moment de prendre une décision, même en situation d'incertitude. C'est le cas de la diligence raisonnable qui est présente dans la *common law* anglo-américaine et que l'on retrouve dans la fédération canadienne. Aussi, tant le principe de précaution que l'approche de précaution sont présents formellement, tant dans le droit positif des provinces que dans celui du fédéral, mais ils empruntent des formulations variées exprimant tantôt le principe de précaution, tantôt les précautions prises pour prévenir les atteintes à l'environnement (1). L'étroite parenté du principe et de l'approche de précaution nous invite à vérifier si, et dans quelle mesure il convient encore de les distinguer dans l'état actuel du droit canadien de la responsabilité pour une atteinte à l'environnement, en investiguant plus particulièrement le droit de la responsabilité pénale (2).

2045 *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, (1992) Doc. N.U. A/CONF.151/26 (Vol. I) [*Déclaration de Rio*].

2046 À ce sujet, voir Sonja BOEHMER-CHRISTIANSEN, « The Precautionary Principle in Germany: Enabling Government », dans Tim O'RIORDAN et James CAMERON, *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Cameron May, 1994, p. 36.

1. L'intégration du principe de précaution en droit de l'environnement au Canada

5. Tel que formulé dans le principe 15 de la Déclaration de Rio, le premier destinataire du principe de précaution est l'État à qui il s'adresse au premier chef : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités […] ». Tous les pouvoirs de l'État, acteur stratégique du développement, sont interpellés car ils occupent des fonctions leur permettant de « décider si une activité, l'utilisation d'un produit ou d'un procédé présentant un risque potentiel identifié, mais non complètement étayé sur le plan scientifique, est acceptable ou non pour la société et de prendre les mesures propres à le limiter ou l'enrayer, le cas échéant »[2047].

6. Plus particulièrement, au plan législatif, l'introduction du principe de précaution vient réduire l'imprécision entourant « l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement »[2048]. Au Canada, les développements législatifs ayant introduit le principe de précaution visent uniquement le pouvoir exécutif de l'État et leur formulation a pour objet de guider son action en proposant une démarche pour la prise en compte des risques incertains (1.1). La précaution est également présente dans des dispositions législatives codifiant en tout ou en partie les règles du droit de la responsabilité administrative, civile et pénale (1.2).

1.1 La présence du principe de précaution dans la législation environnementale

7. L'intégration du principe de précaution en droit de l'environnement canadien demeure l'œuvre de la loi. Depuis la Déclaration de Rio, un nombre croissant de lois fédérales et provinciales intègrent explicitement ou implicitement le principe de précaution, soit à titre de critère devant être pris en compte dans un processus décisionnel, soit à titre de guide interprétatif du contexte législatif lorsqu'il prend la forme d'un objectif général ou qu'il figure dans le préambule de la loi. Les formulations retenues par les législateurs varient d'une loi à l'autre, notamment quant à la présence des considérations économiques modulant le choix des mesures de précaution, ce qui n'est pas de nature à faciliter la compréhension de sa portée et de son application.

8. Au niveau fédéral, le principe de précaution a été introduit dans la législation environnementale en 1999. D'entrée de jeu, il convient de relever la différence de terminologie

---

2047 H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 2, 164.

2048 Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le Principe de précaution : rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 215-216.

utilisée dans la législation fédérale qui utilise l'expression « principe de prudence », dans la version française, et « precautionary principle » dans la version anglaise[2049]. En s'éloignant de la terminologie généralement reconnue, l'expression française étonne dans un premier temps, puis le choix des termes « de prudence » révèle que le terme « précaution » (« precaution ») était déjà présent dans le droit de l'environnement fédéral.

Par exemple, le principe de prudence (« precautionary principle ») fut introduit dans quatre dispositions de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (LCPE (1999)). L'article 2 (1) de la loi définit le « principe de prudence » en retenant la définition du principe 15 de la Déclaration de Rio :

> **9.** Pour l'exécution de la présente loi, le gouvernement fédéral doit, compte tenu de la Constitution et des lois du Canada et sous réserve du paragraphe (1.1)
>
> a) exercer ses pouvoirs de manière à protéger l'environnement et la santé humaine, à appliquer le principe de la prudence, si bien qu'en cas de risques de dommages graves ou irréversibles à l'environnement, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement, ainsi qu'à promouvoir et affermir les méthodes applicables de prévention de la pollution[2050]; [nos soulignés]

10. Dans la LCPE (1999), le principe de prudence a pour objet de guider l'action du gouvernement fédéral et du ministre de l'Environnement lors de l'élaboration des normes réglementaires et de la prise de décisions relatives à des activités ou des substances présentant des risques environnementaux potentiels dans un contexte d'incertitude scientifique afin d'anticiper ces risques[2051]. Enfin, le Comité consultatif national « est tenu d'appliquer le principe de la prudence »[2052] lorsqu'il conseille ou formule des recommandations au ministre de l'Environnement en matière de réglementation des substances toxiques inscrites sur la liste de l'annexe 1. Dans le contexte législatif de la LCPE (1999), le principe de prudence est directement associé à la phase de la gestion des risques[2053].

2049 *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, ch. 33, par. 2 (1) a), 6 (1.1), 76.1 et préambule al. 6 [*LCPE*]; *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, préambule al. 6. *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, préambule al. 5 et art. 38; *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, ch. 28, art. 20 (1).

2050 *LCPE*, préc., note 9, art. 2 (1).

2051 *LCPE*, préc., note 9, préambule (6), art. 2 (1) a) et 76.1. Voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne, l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 4, par. 30-64.

2052 *LCPE*, préc., note 9, art. 6 (1.1) et 93.

2053 H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 2, 173.

11. Le principe de prudence fut introduit dans d'autres lois fédérales. La *Loi sur les produits antiparasitaires* accorde au ministre le pouvoir de révoquer une homologation ou de la modifier « pour régler une situation qui présente un danger pour la santé ou la sécurité humaine ou pour l'environnement, en prenant en compte le principe de prudence »[2054]. La loi définit le principe en retenant la formulation du principe 15 de la Déclaration de Rio, sauf quant à la référence aux « mesures rentables » : « En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard la prise de mesures rentables visant à prévenir toute conséquence néfaste pour la santé ou la dégradation de l'environnement »[2055]. La même définition sera reprise, en 2008, dans la *Loi fédérale sur le développement durable* qui commande au ministre de l'Environnement d'élaborer une « stratégie fédérale de développement durable fondée sur le principe de la prudence »[2056].

12. À certaines occasions, l'intention du législateur fédéral ne se manifeste pas clairement. C'est le cas de la *Loi sur les espèces en péril*, adoptée en 2002, qui introduit le principe sans toutefois le nommer[2057]. La loi utilise sa définition dans son préambule et dans l'encadrement du processus d'élaboration des programmes de rétablissement de l'habitat essentiel ainsi que des plans d'action et de gestion en le désignant en référence à l'engagement pris par le gouvernement du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*[2058]. Pour la Cour fédérale, il s'agit d'« une codification du principe de précaution » et d'« un principe d'interprétation obligatoire qui s'applique durant la préparation des programmes de rétablissement »[2059].

13. En définitive, malgré le fait que le législateur fédéral ait retenu dans la version française de ses lois une expression différente de celle généralement admise pour introduire le principe de précaution, il ne fait aucun doute que tant les mots « principe de prudence » et

---

2054 *Loi sur les produits antiparasitaires*, préc., note 9, art. 20 (1).

2055 *Id.*, art. 20 (2).

2056 *Loi fédérale sur le développement durable*, L.C. 2008, ch. 33, art. 2 et 9 (1). Signalons que la définition du principe à l'article 2 fait référence à « l'adoption de mesures rentables visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». [nos soulignés]

2057 *Loi sur les espèces en péril*, préc., note 9. Sur ce thème, voir H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 2, 176-179.

2058 *Loi sur les espèces en péril*, préc., note 9, art. 38 : « Pour l'élaboration d'un programme de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficientes pour prévenir sa disparition ou sa décroissance ».

2059 *Environmental Defence Canada* c. *Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878, par. 34 et 35; *Alberta Wilderness Association* c. *Canada (Environnement)*, 2009 CF 710, par. 25.

« principe » de la *Loi sur les espèces en péril* renvoient au principe de précaution reconnu sur la scène internationale.

14. Plus problématique est le cas de la *Loi sur les océans* dans laquelle le législateur fédéral a utilisé des expressions suffisamment différentes pour que la reconnaissance du principe soit susceptible de soulever des débats. Adoptée en 1996, la loi introduit dans la version anglaise l'expression « precautionary approach », alors que la version française retient le « principe de la prévention », pour décrire, d'une part, l'engagement du Canada relativement à la conservation, à la gestion et à l'exploitation des ressources marines et la préservation de l'environnement marin (préambule) et, d'autre part, les fondements de sa stratégie nationale des océans[2060]. Ici, les termes offrent peu de proximité avec ceux définissant généralement le principe de précaution : « La stratégie nationale repose sur les principes suivants : […] c) la prévention, c'est-à-dire pécher par excès de prudence. » ou « c) the precautionary approach, that is, erring on the side of caution »[2061].

15. À l'évidence, depuis plus de 25 ans, le législateur fédéral a préféré utiliser dans la législation environnementale l'expression « principe de prudence », et cela d'une manière uniforme. Par ailleurs au risque d'augmenter le niveau de confusion, la révision récente de la loi fédérale sur l'évaluation environnementale témoigne peut-être d'une simple omission qui sera corrigée ultérieurement ou d'un changement d'approche du législateur fédéral en faveur du vocable généralement admis. Soulignant son intention d'attribuer un sens différent aux expressions « principe de précaution » et à la règle de la « prudence » (« precautionary manner »), le législateur les utilise de manière distincte à l'article 4 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* sans définir le principe de précaution :

4. (1) La présente loi a pour objet :[…]
b) de veiller à ce que les projets désignés dont la réalisation exige l'exercice, par une autorité fédérale, d'attributions qui lui sont conférées sous le régime d'une loi fédérale autre que la présente loi soient étudiés avec soin et prudence afin qu'ils n'entraînent pas d'effets environnementaux négatifs importants;[…]
g) de veiller à ce que soient étudiés avec soin et prudence, afin qu'ils n'entraînent pas d'effets environnementaux négatifs importants, les projets au sens de l'article 66 qui sont réalisés sur un territoire domanial, qu'une autorité fédérale réalise à l'étranger ou pour lesquels elle accorde une aide financière en vue de leur réalisation à l'étranger;[…]

2060 *Loi sur les océans*, préc., note 9, art. 30.
2061 *Id.*

(2) Pour l'application de la présente loi, le gouvernement du Canada, le ministre, l'Agence, les autorités fédérales et les autorités responsables doivent exercer leurs pouvoirs de manière à protéger l'environnement et la santé humaine et à appliquer le principe de précaution. [nos soulignés]

16. Au Québec, il faut attendre 2006 pour que soit introduit le principe de précaution dans la législation provinciale. Le premier destinataire de la norme est ici aussi l'administration publique. À ce sujet, la *Loi sur le développement durable* définit le principe en s'inspirant de la définition retenue dans la Déclaration de Rio :

6. Afin de mieux intégrer la recherche d'un développement durable dans ses sphères d'intervention, l'Administration prend en compte dans le cadre de ses différentes actions l'ensemble des principes suivants : […]
j) « précaution » : lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement; [nos soulignés][2062]

17. En 2009, le principe de précaution fut également inscrit dans le nouveau régime encadrant les prélèvements en eau de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LQE) et ratifiant ainsi l'*Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*[2063]. Ici aussi, le principe s'impose dans le processus décisionnel de l'administration publique :

31.76. Le pouvoir d'autorisation dévolu au ministre par la présente sous-section doit être exercé de manière à assurer la protection des ressources en eau, notamment en favorisant une gestion durable, équitable et efficace de ces ressources ainsi qu'en prenant en compte le principe de précaution et les effets du changement climatique[2064].
31.102. Le ministre est tenu de réaliser, en conformité avec les exigences de l'Entente, une évaluation des impacts cumulatifs des prélèvements ou consommations d'eau dans le bassin du fleuve Saint-Laurent sur l'écosystème de ce bassin […].
Cette évaluation doit prendre en compte les principes de prévention et de précaution de même que les effets des prélèvements ou consommations passés et de ceux qui seront vraisemblablement effectués

2062 *Loi sur le développement durable*, RLRQ c. D-8.1.1, art. 6 j).
2063 Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent, 13 décembre 2005.
2064 *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 31.76 [*LQE*].

dans le futur, ainsi que les effets du changement climatique et de toute autre situation susceptible de porter atteinte de façon significative aux écosystèmes aquatiques du bassin[2065]. [nos soulignés]

18. L'ensemble des dispositions reproduites ici met en évidence la progression du principe de précaution dans le droit positif canadien de l'environnement où il s'adresse exclusivement à l'État dans ses fonctions exécutives. Dans les limites de leur formulation, ces dispositions législatives lui imposent l'obligation de tenir compte du principe de précaution dans certains processus décisionnels, comme par exemple lors de l'adoption de normes réglementaires (ex. : art. 2 (1) a) LCPE (1999)) ou de décisions ponctuelles (ex. : art. 76.1 LCPE (1999) et 31.76 LQE). L'exercice de ces pouvoirs étant soumis au contrôle judiciaire de la légalité des actes de l'administration publique, le juge est de plus en plus fréquemment appelé à apprécier l'opportunité et les modalités de leur application. Réalisée en juin 2010, une recherche a recensé près de 50 décisions judiciaires ayant mentionné le principe de précaution et 70 décisions de tribunaux administratifs en provenance pour la plupart de l'Environmental Appeal Board de l'Ontario et de celui de la Colombie-Britannique[2066].

19. Dans l'état actuel du droit, la large portée de la *Loi sur le développement durable* et de l'application du principe de précaution qu'elle impose à l'ensemble de l'administration publique québécoise dans ses différentes actions et cela, sans autres distinctions quant à la nature de l'activité en cause, est susceptible d'être invoquée au soutien de recours en contrôle judiciaire, mais également en droit de la responsabilité. Par exemple, cela signifie que pour l'administration publique québécoise le principe de précaution vient s'ajouter aux principes du droit de la responsabilité, notamment pénale, et qu'il doit être pris en compte par le ministre provincial de l'Environnement à l'occasion de l'examen des demandes d'autorisation préalable, des études d'impact et des autres autorisations et permis d'exploitation prévus par la LQE[2067].

20. Enfin, la question demeure de savoir si la *common law* a intégré le principe de précaution, tel que reconnu en droit international, dans le droit de l'environnement canadien à titre de principe général du droit. Bien que la Cour suprême ait réitéré, à maintes reprises, que la protection de l'environnement est devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne[2068], les

---

2065 *Id.*, art. 31.102.

2066 ENVIRONMENTAL LAW CENTRE, *The Precautionary Principle in Canada*, University of Victoria, Victoria, 14 juin 2010, p. 2. Voir également C. TOLLEFSON et J. THORNBACK, préc., note 4.

2067 *Centre québécois du droit de l'environnement* c. *Oléoduc Énergie Est ltée*, 2014 QCCS 4398, par. 26 et 100 : « Aucun des représentants du Ministre ayant travaillé sur le dossier ne connaît les mammifères marins. Ils ne jugent pas utile de consulter le Comité sur le rétablissement du béluga alors qu'il s'agit d'une espèce menacée. Rien n'indique qu'ils aient tenu compte du principe de précaution [de la *Loi sur le développement durable*]. »

2068 Voir entre autres *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c. *Hudson (Ville)*, [2007] 2 R.C.S. 240, par. 1 [*Spraytech*]; *Colombie-Britannique* c. *Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74,

tribunaux ont jusqu'à maintenant refusé d'appliquer le principe de précaution directement aux litiges entrepris en droit interne sur le seul motif de sa reconnaissance en droit international. En l'absence de loi imposant de façon explicite le respect du principe de précaution, il ne peut que servir de guide pour l'interprétation du droit interne.

21. La décision la plus importante sur le sujet demeure l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech)* c. *Hudson (Ville)* de la Cour suprême. Dans cette affaire, une majorité de membres de la Cour suprême a eu recours au principe de précaution du droit international de l'environnement pour interpréter un pouvoir réglementaire attribué aux municipalités par la loi habilitante[2069]. En *obiter dictum*, la juge L'Heureux-Dubé a souligné que la Cour suprême de l'Inde considère le principe de précaution comme faisant partie du droit international coutumier[2070] et que selon les auteurs Cameron et Abouchar, il y a peut-être « suffisamment de pratiques de la part des États pour qu'il soit permis de prétendre de façon convaincante que le principe de précaution est un principe de droit international coutumier »[2071].

22. En marge de la question de l'incorporation du principe dans la *common law* et dans le droit positif canadien de l'environnement, l'omniprésence de la notion de « précaution » dans la législation environnementale au Canada soulève également l'attention.

1.2 La présence de la précaution dans les lois environnementales

---

par. 7; *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S 1031, par. 55; *Friends of the Oldman River Society* c. *Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, par. 16-17. Voir également *R.* c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 85 où la Cour suprême constate que les mesures législatives prises en vue de protéger l'environnement « visent un objectif public d'une importance supérieure ».

2069 *Spraytech*, préc., note 28, par. 31. La majorité retient alors la définition du par. 7 de la Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable (1990) : « Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement ».

2070 *A.P. Pollution Control Board* c. *Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53, par. 27. Voir également *Leatch* c. *National Parks and Wildlife Service and Shoalhaven City Council*, (1993) 81 LGERA 270 (Land and Environment Court of New South Wales, Australie), par. 281 et 282 : « In my opinion the precautionary principle is a statement of common sense and has already been applied by decision-makers in appropriate circumstances prior to the principle being spelt out ».

2071 James CAMERON et Julie ABOUCHAR, *The Status of the Precautionary Principe in International Law*, David FREESTONE et Ellen HEY, La Haye, Kluwer Law International, 1996; cité dans *Spraytech*, préc., note 28, par. 32. Pour une analyse de cet arrêt et une réflexion sur la nature des propos de la juge L'Heureux-Dubé, voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 4, 69-85; S. COMTOIS, préc., note 4, 404-407.

23. Dans de nombreuses lois fédérales et provinciales, le législateur utilise le terme « précaution » dans la version française et celui de « precaution » dans la version anglaise. Ces différentes références au terme « précaution » n'ont pas pour objet d'intégrer le principe de précaution, tel que formulé en droit international de l'environnement, mais de codifier en tout ou en partie les règles du droit de la responsabilité administrative, civile et pénale s'adressant à l'État et aux personnes privées.

24. Ces termes n'étant pas définis dans les lois, ils renvoient au sens courant. Suivant le dictionnaire historique de la langue française, le mot « précaution » désigne ce que l'on fait par prévoyance, pour éviter un mal ou en atténuer l'effet et, plus généralement, une manière d'agir prudente[2072]. Dans le contexte de la prudence, la précaution intervient en amont de la prévention, servant de guide en matière d'anticipation des risques :

25. La prudence implique de réfléchir à la portée et aux conséquences de ses actes et de prendre ses dispositions pour éviter de causer des dommages à autrui. Inscrit dans le cadre de la prudence, le principe de précaution consacre 1'exigence sociale d'un renforcement de la prévention et d'une application inédite des instruments de la prévention à des risques potentiellement graves et irréversibles, mais dont les probabilités de réalisation sont faibles et mal connues. Les convergences entre précaution, prévention et prudence pourraient justifier que l'on remplace le principe de précaution par un principe de prudence qui engloberait précaution et prévention[2073].

En résumé, pour reprendre les mots de certains auteurs, les notions de précaution et de prévention se conçoivent « comme deux facettes complémentaires d'un principe plus général de prudence, qui peut intervenir dans la prise de décision concernant des activités impliquant des risques »[2074].

26. Par exemple, dans la LCPE (1999), le permis canadien pour le chargement et l'immersion de déchets en mer est assorti de conditions, dont celle relatives aux « précautions particulières à prendre quant au chargement, au transport, à l'immersion ou à l'incinération des substances »[2075]. La *Loi sur les produits antiparasitaires* retient aussi le terme précaution en relation avec la norme de conduite à adopter, d'une part, par l'autorité publique responsable, à savoir de

---

2072 Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2012, v° « Précaution », p. 1609.

2073 P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 8, p. 21; Gilles J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », (1995) 39 *Recueil Dalloz Sirey*, 299 : « Le terme de "prudence" est parfois utilisé; de manière générale, les auteurs ne s'expliquent pas sur une éventuelle différence entre les deux expressions ».

2074 H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? » préc., note 4, 106; P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 8, p. 21.

2075 *LCPE*, préc., note 9, art. 129 (1) f).

« prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter la communication non autorisée »[2076] des données d'essai ou des renseignements commerciaux confidentiels, et, d'autre part, par l'administré face à son obligation de respecter la loi qui peut « se disculper en prouvant que la perpétration a eu lieu à son insu ou sans son consentement et qu'il avait pris toutes les précautions voulues pour l'empêcher »[2077]. [nos soulignés]

27. Le régime de responsabilité pénale applicable aux infractions environnementales est fréquemment codifié, en tout ou en partie, dans les lois environnementales fédérales et provinciales. Certains aspects de cette obligation ont été codifiés, en 2011, dans la LQE, à l'occasion de modifications apportées à son régime de responsabilité pénale :

115.39. Dans toute poursuite pénale relative à une infraction à la présente loi ou à ses règlements, la preuve qu'elle a été commise par un agent, un mandataire ou un employé de quiconque suffit à établir qu'elle a été commise par ce dernier, à moins que celui-ci n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration.[2078]

115.40. Lorsqu'une personne morale, un agent, mandataire ou employé de celle-ci ou d'une société de personnes ou d'une association non personnalisée commet une infraction à la présente loi ou à ses règlements, l'administrateur ou le dirigeant de la personne morale, société ou association est présumé avoir commis lui-même cette infraction, à moins qu'il n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration. […][2079] [nos soulignés]

28. Suivant ces dispositions, il ressort que l'obligation de prendre des mesures de précaution raisonnables s'applique tant à l'État qu'aux personnes de droit privé lorsqu'ils prennent des décisions ou entreprennent des activités comportant certains risques pour l'environnement. Malgré la proximité des termes utilisés pour décrire le principe de précaution et le droit de la responsabilité administrative[2080], civile[2081] et pénale, nous verrons qu'il convient de continuer à marquer une distinction entre eux. Nous limiterons notre champ d'investigation aux règles de la

2076 *Loi sur les produits antiparasitaires*, préc., note 9, art. 44 (6).

2077 *Id.*, art. 71.

2078 *LQE*, préc., note 24, art. 115.39.

2079 *Id.*, art. 115.40.

2080 À ce sujet, voir S. COMTOIS, préc., note 4; H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 4, par. 85-98; G. CARTIER, préc., note 4.

2081 *Veilleux* c. *Lachance*, 2005 CanLII 19182 (QC CS), par. 85 : « L'article 20 *in fine* s'applique donc autant aux risques potentiels qu'aux risques avérés et impose une approche préventive fondée sur la précaution. »; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, nos 1-176 et 1-177; Bruce PARDY, « Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability ? », (2002) 43 *C. de D.* 63, 66-70.

responsabilité pénale applicables à une infraction de pollution en insistant sur les liens qui les unissent au principe de précaution.

2. Le droit pénal de l'environnement, les risques incertains et la précaution

29. Le droit pénal de l'environnement ne compte pas d'infraction de précaution au sens strict. Toutefois, il existe des dispositions interdisant les rejets de contaminants qui sont formulées en termes suffisamment généraux (2.2) pour appréhender le risque potentiel pour l'environnement, même incertain ou inconnu de son auteur (2.1). Nous verrons que le régime de responsabilité pénale applicable à ces infractions (2.3) et l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables qu'elles imposent aux personnes privées et publiques (2.4) offrent des points de convergence avec le principe de précaution. Les termes utilisés présentent des similitudes importantes avec le principe de précaution et les deux convergent quant aux préoccupations qui les animent et offrent des points de contact entre eux, mais il n'en demeure pas moins qu'ils doivent être distingués, car le raisonnement propre au principe de précaution n'est pas automatiquement transposable dans le droit de la responsabilité pénale.

2.1 L'interdiction d'émettre des contaminants potentiellement nuisibles à l'environnement

30. Il ressort des lois adoptées pour protéger l'environnement que les législateurs fédéral et provinciaux ont jugé « préférable d'un point de vue de politique d'intérêt public de formuler les dispositions prohibant la pollution en termes généraux »[2082]. Ces interdictions de polluer prohibent tant les manquements aux normes d'émission précises et chiffrées contenues dans les règlements d'application, que les émissions de contaminants potentiellement nocifs pour l'environnement suivant un test de nocivité contenu dans la loi[2083]. Elles s'appliquent tant aux personnes physiques, morales qu'à l'administration publique.

31. Puisque les normes contenues dans les règlements laissent peu de place à l'incertitude et que leurs prohibitions, conditions et seuils d'émission doivent être respectés, ce sont plus particulièrement les rejets non réglementés de contaminants qui intéressent la réflexion sur la prise en compte des risques incertains et des mesures de précaution[2084].

2082 *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, préc., note 28, par. 52.

2083 Paule HALLEY, *Le droit pénal de l'environnement : l'interdiction de polluer*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 25-80.

2084 *Alex Couture inc.* c. *Piette*, 1990 CanLII 3726 (QC CA). Voir également H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique: une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? », préc., note 4, 118; R. Michael M'GONIGLE, T. Lynne JAMIESON, Murdoch K.

Les interdictions de polluer formulées en termes généraux sanctionnent la création d'un risque d'atteinte à l'environnement, plutôt que la réalisation d'un dommage. Par exemple, depuis 1972, l'article 20 LQE prohibe les rejets non-réglementés de contaminants lorsqu'ils sont susceptible[s]de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens »[2085]. [nos soulignés] En Ontario, l'article 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* interdit le rejet d'un contaminant dans l'environnement « si le rejet cause ou peut causer une conséquence préjudiciable »[2086]. [nos soulignés]

32. En Saskatchewan, l'*Environmental Management and Protection Act* interdit les émissions de substances « that may cause or [are] causing an adverse effect unless otherwise expressly authorized »[2087]. [nos soulignés] Au fédéral, la *Loi sur les pêches* prohibe l'immersion ou le rejet, dans des eaux où vivent des poissons, d'une substance nocive[2088], qu'elle définit comme étant « [t]oute substance qui, si elle était ajoutée à l'eau, altérerait ou contribuerait à altérer la qualité de celle-ci au point de la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat, ou encore de rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui y vit »[2089]. [nos soulignés]

33. La présence des termes « susceptible » et « peut causer » est significative, car ils ne font pas de distinction entre les risques avérés et les risques potentiels et concernent les uns comme les autres[2090]. Par conséquent, les interdictions de polluer n'exigent pas la preuve d'un dommage réel à l'environnement, car elles n'interdisent pas de rendre l'environnement nocif, mais d'y introduire des substances susceptibles d'être nocives ou nuisibles à la qualité du milieu ambiant, et cela, sans égard au fait que les effets nocifs aient commencé ou non, qu'ils soient certains, probables, importants, mineurs, latents ou temporaires[2091]. Pour reprendre les mots de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la décision *R.* v. *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd.* : « What is being

---

MCALLISTER et Randall M. PETERMAN, « Taking Uncertainty Seriously: from Permissive Regulation to Preventative Design in Environmental Decision Making », (1994) 32-1 *Osgoode Hall L.J* 99, 138-139.

2085 *LQE*, préc., note 24, art. 20.

2086 *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19, art. 14.

2087 *The Environmental Management and Protection Act*, 002, S.S. 2002, c. E-10.21, art. 4 (1).

2088 *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c. F-14, art. 36 (3).

2089 *Id.*, art. 34 (1).

2090 Voir H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? », préc., note 4, 121-124; H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 4, par. 102.

2091 P. HALLEY, préc., note 43, p. 50-59. À ce sujet, voir *Ville de St-Luc* c. *Clément,* [1992] R.J.Q. 2167 (C.S.), p. 2177 : « Être susceptible de c'est avoir la capacité, avoir le potentiel ou présenter une possibilité d'altérer la qualité de l'environnement. »

defined is the substance that is added to the water, rather than the water after the addition of the substance »[2092].

34. L'adjectif « susceptible » et les termes « peut causer » donnent aux prohibitions de polluer une portée préventive car elles sanctionnent ainsi tous les rejets de contaminants qui participent au processus de dégradation de la qualité environnementale. Cet examen de la portée des interdictions de polluer montre, que comme pour le principe de précaution, elles peuvent s'appliquer lorsqu'il existe un risque, même incertain, qu'une activité, un procédé ou un produit utilisé soit la source ou la cause d'un rejet de contaminant[2093]. Dans ce contexte, l'interdiction de polluer s'applique à celui qui est à l'origine d'une situation potentiellement dangereuse pour l'environnement.

35. Dans quelques affaires, le principe de précaution fut soulevé pour soutenir une interprétation large d'une interdiction de polluer. Sans examiner ni conclure à son intégration dans le droit de la responsabilité pénale, les tribunaux ont néanmoins souligné la concordance des préoccupations de base et sa valeur interprétative. Par exemple, en 2004, dans *Fletcher* v. *Kingston (City)*, la Cour d'appel de l'Ontario a suivi l'interprétation retenue dans *R.* v. *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd.* et conclu qu'il n'était pas nécessaire de recourir au principe de précaution pour interpréter la *Loi sur les pêches* et sa prohibition de rejeter des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons :

However, the meaning of s. 36(3) of the Fisheries Act is clear and unambiguous. As a consequence, there is no need to resort to the "precautionary principle" as an interpretive guide to the legislative text in question. I note merely that the interpretation of s. 36(3) contained in these reasons is not inconsistent with the "precautionary principle" established under international law[2094].

2092 *R.* c. *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd.*, 1979 CanLII 495 (BC CA), (permission d'appel à la Cour suprême refusée, [1979] 1 R.C.S. xi). Voir également *R.* c. *Kingston (Corp. of the City)*, 2004 CanLII 39042 (ON CA), (permission d'appel à la Cour suprême refusée, 246 D.L.R. (4th) vii).

2093 À ce sujet, voir : Paule HALLEY, *Instituer la prudence environnementale : le régime québécois de lutte contre la pollution*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, p. 47. Voir aussi H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? », préc., note 4, 125 : « Nous croyons que l'article 20 in fine LQE peut s'appliquer aussi bien aux situations de risques potentiels qu'aux situations de risques avérés, et imposer dès lors une approche préventive et aussi une approche fondée sur la précaution »; H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 4, par. 99. *A contrario*, voir B. PARDY, préc., note 41.

2094 *R.* c. *Kingston (Corp. of the City)*, préc., note 52, par. 86.

36. En 2013, la Cour suprême a souligné que l'obligation d'aviser sans délai le ministre de l'Environnement lorsque survient un événement de pollution répond aux préoccupations à la base du principe de précaution en faisant en sorte que le ministère de l'Environnement soit avisé et ait la possibilité de réagir dès qu'il y a eu rejet de contaminants en dehors du cours normal des événements, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la preuve d'une dégradation effective de l'environnement naturel[2095].

37. Enfin, dans des affaires relatives à l'exercice des pouvoirs réglementaires d'une municipalité et discrétionnaire de l'exécutif dans la délivrance d'une autorisation préalable, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure estiment que l'article 20 LQE, dans son dernier volet, « permet certainement de considérer le principe de précaution »[2096] et que le « principe demeure donc en toile de fond et doit être considéré dans l'étude de la prohibition »[2097].

2.2 Le seuil du risque potentiel : des conséquences potentielles plus qu'insignifiantes ou minimes

38. En vertu des principes de légalité[2098] et d'interprétation des lois pénales[2099], la jurisprudence a reconnu une limitation à la portée des interdictions générales de polluer, à savoir l'existence d'un seuil minimal de risque potentiel pour l'environnement, en dessous duquel l'interdiction de polluer ne s'applique plus.

39. C'est la décision *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*[2100] qui a mis fin aux allégations d'imprécision inconstitutionnelle des interdictions générales de polluer soulevées dans plusieurs poursuites, bien que sans succès[2101]. Dans ces affaires, les défendeurs faisaient valoir que la portée

---

2095 *Dynamitage Castonguay* c. *Ontario (Env.)*, 2013 CSC 52, par. 20.

2096 *Courses automobiles Mont-Tremblant inc.* c. *Iredale*, 2011 QCCA 1082 (CanLII), par. 101.

2097 *Centre québécois du droit de l'environnement* c. *Oléoduc Énergie Est ltée*, préc., note 27, par. 26. Voir également *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière* c. *Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4861, par. 134 : « le principe de précaution n'a pas été spécifiquement intégré en droit québécois au moyen d'une disposition législative. Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse être utilisé pour interpréter des dispositions législatives "de façon à ce que celles-ci s'appliquent aux situations de risques potentiels pour l'environnement ou la santé humaine" »; *St-Damien (Municipalité de)* c. *Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCS 2897, par. 281.

2098 *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6 (1) et 9. Voir à ce sujet Gisèle CÔTE-HARPER, Jean TURGEON et Pierre RAINVILLE, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 81-177.

2099 *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, préc., note 28, par. 65.

2100 *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, préc., note 28. Le débat portait sur le paragraphe 13 (1) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. Il s'agit d'une prohibition générale comme celle de l'article 20 LQE.

2101 Voir par exemple, *R.* c. *Lopes* (1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78 (C. dist. Ont.); *R.* c. *Royal Pacific Seafarms Ltd.* (1989), 7 W.C.B. (2d) 355 (C. cté. C.-B.); *Québec (P.G.)* c. *Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée)* (1989), 4

des tests législatifs de nocivité est à ce point imprécise et générale qu'ils ne peuvent offrir de normes permettant à un citoyen de régler sa conduite et sont par conséquent incompatibles avec les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[2102]. Selon la Cour suprême, ces prohibitions ne sont pas imprécises car les principes d'interprétation des lois permettent un débat judiciaire sur leur application à une situation factuelle particulière et ainsi de délimiter leur « sphère de risque »[2103]. Plus particulièrement, la Cour a conclu qu'en application de la règle *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des bagatelles) les atteintes négligeables ou minimes ne sont pas couvertes par ces dispositions puisqu'on peut présumer que le législateur ne voulait pas donner une portée absurde à ses lois en attachant des conséquences pénales à de semblables violations[2104]. En matière de précision législative, la Cour souligne que la codification précise des risques environnementaux peut avoir pour effet « de gêner plutôt que de favoriser la compréhension par le public des conduites qui sont prohibées et d'alimenter l'incertitude quant à la "sphère de risque" créée par la loi »[2105].

40. Dans ce contexte, le poursuivant ne sera pas en mesure de réaliser sa preuve et d'obtenir une déclaration de culpabilité si la susceptibilité du risque pour l'environnement ne peut pas être démontrée hors de tout doute raisonnable ou encore, parce que ses effets potentiels sont négligeables, minimes ou hypothétiques[2106]. Par conséquent, l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables s'applique à tous les risques d'atteinte à l'environnement qui sont plus que minimes ou négligeables. Au regard de ces éléments, la portée des interdictions de polluer est plus étendue que le principe de précaution qui n'intervient que si le risque est qualifié de grave ou d'irréversible.

41. Cette limitation des interdictions générales de polluer reconnue par les tribunaux peut être rapprochée du principe de précaution. Eu égard à ce dernier, le seuil à atteindre en matière d'incertitude scientifique pour déclencher l'application du principe de précaution soulève beaucoup d'attention. À ce sujet, les auteurs soulignent que le principe trouve son application lorsque le risque d'atteinte à l'environnement repose sur un début de preuve scientifique offrant un degré de sérieux

---

C.E.L.R. (N.S.) 158 (C. Qué. (ch. crim.)); *R.* c. *AlgomaSteel Corp.* (1991), 14 W.C.B. (2d) 264 (C. Ont. (Div. prov.)); *R.* c. *Satellite Construction Ltd.* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215 (C. prov. N.-É.); *R.* c. *Commander Business Furniture Inc.* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185 (C. Ont. (Div. prov.)).

2102 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.

2103 *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, préc., note 28, par. 53.

2104 *Id.*, par. 65. Cette détermination exige l'examen de certains faits : le caractère du voisinage touché ainsi que la nature et la quantité des contaminants émis dans l'environnement.

2105 *Id.*, par. 53.

2106 *Courses automobiles Mont-Tremblant inc.* c. *Iredale*, préc., note 56, par. 101.

ou de vraisemblance[2107]. Ainsi, pour reprendre les mots d'Alexandre Flückiger, il parait difficile d'adopter des mesures de précaution « si la controverse scientifique n'a pas atteint un seuil minimal »[2108] ou encore, si les risques potentiels ne reposent que « sur des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique »[2109].

2.3 Le régime de responsabilité pénale applicable : négligence présumée et renversement du fardeau de preuve

42. En droit pénal canadien, les règles gouvernant l'imputation de la responsabilité sont principalement l'œuvre de la *common law*. Aussi, en l'absence d'une manifestation contraire de l'intention du législateur, c'est la nature de l'infraction qui détermine le régime de responsabilité pénale applicable. La faute de négligence présumée et le renversement du fardeau de la preuve qui caractérisent le régime de responsabilité stricte applicable aux infractions environnementales sont aussi des éléments particuliers de la mise en œuvre du principe de précaution qui en présence d'un risque de dommage grave ou irréversible fait peser sur l'auteur de celui-ci, même s'il est incertain, l'obligation de prendre des mesures effectives pour les prévenir[2110].

43. C'est à l'occasion d'une infraction de pollution des eaux, que la Cour suprême a établi, en 1978 dans la décision *R.* c. *Sault-Ste-Marie*, une distinction générale entre les règles gouvernant la responsabilité criminelle et celles applicables aux contraventions aux lois ordinaires[2111] : « La pollution est indubitablement une infraction contre le bien-être public prohibée dans l'intérêt de l'hygiène publique. En conséquence, il n'y a pas de présomption de *mens rea* proprement dite »[2112].

44. Ce traitement différencié des infractions criminelles et réglementaires repose sur le fait qu'elles expriment deux concepts de faute distincts : « Alors que les infractions criminelles

---

2107 À ce sujet, voir H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement*? », préc., note 4, 129-135.

2108 Alexandre FLÜCKIGER, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », (2003) XLI-128 *Revue européenne des sciences sociales* 107, 116.

2109 *Id.*

2110 *Id.*, 109-110.

2111 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1326 : « L'accusation a été portée en vertu du par. 32(1) de *The Ontario Water Resources Commission Act*, R.S.O. 1970, chap. 332, qui dispose notamment qu'est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus $5,000 pour la première condamnation et d'une amende d'au plus $10,000 pour chacune des suivantes, ou d'un emprisonnement d'au plus un an, ou de l'amende et de l'emprisonnement, toute municipalité ou personne qui décharge, dépose ou fait décharger ou déposer dans un cours d'eau ou sur une de ses rives, ou en tout endroit, des matières de quelque nature que ce soit qui risquent d'altérer la qualité de l'eau ». [nos soulignés]

2112 *Id.*, 1327.

sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence »[2113].

45. Suivant les règles établies dans la décision *R.* c. *Sault-Ste-Marie*, lorsque l'infraction est de nature criminelle, le poursuivant a la charge de prouver les éléments matériels de l'infraction (l'*actus reus*) ainsi que la faute d'intention, d'insouciance ou de négligence grave (la *mens rea*). Par contre, si l'infraction est de nature réglementaire, c'est-à-dire qu'elle prohibe des actes et des omissions pour assurer le bien-être public, le régime de responsabilité pénale applicable introduit une présomption de faute de négligence lorsque le poursuivant a prouvé les éléments matériels de l'infraction hors de tout doute raisonnable[2114]. Cependant, la présomption peut être renversée par une preuve prépondérante de diligence raisonnable, c'est-à-dire d'avoir pris toutes les précautions raisonnables dans les circonstances[2115].

46. Les régimes de responsabilité pénale reposent sur la règle d'interprétation des lois pénales suivant laquelle une infraction comporte toujours un élément de faute, sauf si la loi prévoit le contraire dans des termes clairs et non ambigus (responsabilité absolue)[2116]. Depuis 1982, l'exigence de la faute est devenue un élément requis par les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[2117]. Aussi, au Canada, la négligence est le degré minimal de faute en matière pénale et la responsabilité absolue demeure exceptionnelle, car elle contrevient à la présomption d'innocence (art. 11 d)) et aux principes de justice fondamentale (art. 7) protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'elle comporte des conséquences privatives de liberté[2118].

47. En 1991, dans l'arrêt *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc*.[2119], une majorité de membres de la Cour suprême arrive à la conclusion que le renversement du fardeau de persuasion porte atteinte au droit à la présomption d'innocence, mais que cette restriction se justifie en vertu de

---

2113 *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.,* [1991] 3 R.C.S. 154, 219 (j. Cory).

2114 *R.* c. *Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, 13; *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71, 1326. Voir également : *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, préc., note 73.

2115 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71, 1326 : « Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires ».

2116 *Id.*, 1325 et 1326; *R.* c. *Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121, 128.

2117 *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, 492.

2118 *Id.*, 515; *R.* c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 652.

2119 R. c. Wholesale Travel Group Inc., préc., note 73.

l'article premier de la Charte[2120]. C'est en raison du traitement différent qui doit être accordé aux infractions réglementaires que le renversement du fardeau de persuasion représente une limite raisonnable à la présomption d'innocence. À ce sujet, le raisonnement adopté dans *R.* c. *Sault Ste-Marie*[2121] est demeuré tout aussi pertinent et convaincant pour appuyer le maintien du renversement du fardeau de la preuve :

> **48.** Ce raisonnement n'est pas moins convaincant aujourd'hui. Plus simplement, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujetti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable[2122].

> **49.** Selon la Cour, le traitement différent accordé aux infractions réglementaires repose également sur le concept de l'acceptation des conditions postulant que l'auteur d'une infraction réglementaire est présumé avoir choisi de se livrer à l'activité réglementée (libre arbitre et autonomie de l'individu) et d'en avoir accepté les conditions, ce qui suppose que chaque individu est responsable de sa conduite[2123]. À ce sujet, le juge Cory écrivait que « ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l'égard du public en général et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité »[2124]. Il ajoute que le concept de l'acceptation des conditions repose sur un second postulat, « le concept du contrôle » : « Selon ce concept, les personnes qui se lancent dans un domaine réglementé sont les mieux placées pour contrôler le préjudice qui peut en découler et elles devraient donc en être tenues responsables »[2125].

2.4 La défense de diligence raisonnable : prendre toutes les précautions raisonnables

50. La défense de diligence raisonnable représente le moyen offert à un pollueur de renverser la présomption de faute de négligence pesant sur lui et de s'exonérer de sa responsabilité environnementale. Telle que définie dans *R.* c. *Sault Ste-Marie*, elle se compose de deux conduites alternatives :

2120 *Id.*, 259.
2121 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71, 1325.
2122 *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, préc., note 73, 246 et 258.
2123 *Id.*, 228.
2124 *Id.*, 229.
2125 *Id.*

Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de fait inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte[2126]. [nos soulignés]

51. Dans les deux cas, la personne poursuivie doit démontrer que sa conduite était innocente, c'est-à-dire diligente, mais ce qui les distinguent est la connaissance du risque de pollution dont la survenance est reprochée. Dans le premier cas, l'existence du risque n'était pas raisonnablement prévisible et dans le second le risque était connu ou aurait dû l'être. Si la personne poursuivie réussit sa preuve, elle sera acquittée. Dans ce cas, l'événement de pollution peut être qualifié d'événement imprévisible ou d'accident et c'est alors la collectivité qui supporte le risque[2127]. En définitive, la norme de diligence raisonnable requise par les tribunaux dans la conduite des activités polluantes traduit le partage des risques environnementaux qu'ils opèrent entre ceux qui les initient, les personnes vivant à proximité et la société en général.

52. La défense de diligence raisonnable se présente comme un exercice de caractérisation des efforts entrepris par celui qui contrôle la source d'émission pour prévenir l'acte ou l'événement reproché. Comme pour le principe de précaution, le devoir de diligence raisonnable commande l'action. Les termes utilisés par les tribunaux pour décrire l'obligation de diligence raisonnable (« reasonable care ») renvoient à des expressions qui peuvent être facilement rapprochées du principe de précaution. Par exemple, pour décrire la conduite diligente, la Cour suprême utilise, dans la version française de la décision *R.* c. *Sault Ste-Marie*[2128], les expressions « précautions nécessaires » ou « précautions raisonnables » à sept reprises[2129] et le mot « prudence » à cinq reprises[2130], alors que le mot « prévention » n'apparaît qu'une seule fois[2131]. Alors que la Cour suprême revisite, dans *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, le régime de responsabilité stricte élaboré dans *R.* c. *Sault Ste-Marie*, les membres de la Cour utilisent l'expression « précautions

---

2126 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71; *R.* c. *Chapin*, préc., note 76; *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, préc., note 73.

2127 P. HALLEY, préc., note 43.Voir *Québec (Procureur général)* c. *Domtar inc.,* [1995] n° AZ-95021565 (C.S.) j. Péloquin; *R.* c. *Moulins Maple Leaf (de l'Est) ltée*, [1988] n° AZ-88031268 (C.M.*); Montréal (Communauté urbaine de)* c. *Mines Noranda ltée*, C.S. Montréal, no 500-36-000321-805, 21 mars 1981, j. Landry.

2128 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71.

2129 *Id.*, 1300, 1311, 1312, 1315, 1325 et 1326.

2130 *Id.*, 1306, 1310, 1311 et 1320.

2131 *Id.*, 1326.

raisonnables » à dix reprises et le terme « prudence » à deux reprises[2132], alors que le mot « prévention » n'y est pas utilisé.

53. Nous verrons que si ces expressions témoignent de la présence en droit canadien d'une obligation d'anticiper les risques incertains de manière prudente, voire avec précaution, cela ne signifie pas que le principe de précaution est présent de manière formelle dans le droit de la responsabilité pénale, car celui-ci est fondé sur la faute et non sur la seule réalisation du risque. Par ailleurs, en présence d'une disposition législative imposant clairement le respect du principe de précaution, comme c'est le cas pour l'administration publique québécoise qui est assujettie à l'article 6 j) de la *Loi sur le développement durable,* l'examen de la conduite diligente de l'auteur du risque devrait faire intervenir l'obligation législative de tenir compte du principe de précaution.

54. Afin de mettre en évidence ce qui rapproche et distingue le principe de précaution et la défense de diligence raisonnable, les différents facteurs examinés à cette occasion par les tribunaux sont regroupés dans les trois éléments constitutifs de la conduite diligente, à savoir l'obligation d'identifier les risques potentiels (2.4.2) et de prendre des mesures pour les maîtriser (2.4.3) et cela, suivant la probabilité de réalisation et la gravité des conséquences (2.4.1)[2133].

2.4.1 L'intensité variable de l'obligation d'anticiper les risques incertains

55. Dans *R.* c. *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême retient que l'étendue de l'obligation de diligence reposant sur l'auteur du risque « comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances »[2134]. Aussi, la norme de diligence est objective et flexible, c'est-à-dire qu'elle varie en intensité suivant la nature des activités entreprises et l'importance des risques qu'elles représentent pour l'environnement et la collectivité[2135] :

No one can hide behind commonly accepted standards of care if, in the circumstances, due diligence warrants a higher level of care. Reasonable care implies a scale of caring. A variable standard of care ensures the requisite flexibility to raise or lower the requirements of care in accord with the special circumstances of each case[2136].

2132 *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, préc., note 73.
2133 Sur ce thème, voir P. HALLEY, préc., note 43, p. 169-184.
2134 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71.
2135 P. HALLEY, préc., note 43.
2136 *R.* c. *Placer Development Ltd,* (1985) 4 F.P.R. 366, 376 (C. terr. Y.).

56. À l'occasion de l'évaluation du degré de diligence requis, les tribunaux examinent deux catégories de facteurs : ceux intéressant la probabilité des dommages et leur gravité et ceux relatifs aux circonstances entourant le rejet qui font intervenir un examen de l'industrie ou de l'activité en cause, son importance, sa localisation et le degré d'expertise attendu de l'auteur du risque. Dans ce contexte, plus le risque est important pour l'environnement et les personnes, sur les plans de l'occurrence et de la gravité des conséquences, plus le devoir de diligence est exigeant. Les tribunaux retiennent le standard de la personne ayant les compétences requises pour agir dans le même domaine d'activité :

To constitute a defence, all due diligence must be exercised. While not tantamount to absolute liability, more than the care expected of an ordinary citizen is demanded. In the very least, the care must reflect the diligence of a reasonable professional possessing the expertise suitable to the activity in issue[2137].

57. Par conséquent, la possibilité qu'un risque ait des conséquences graves ou irréversibles peut commander de prendre des mesures plus importantes pour l'identifier et le maîtriser, surtout si l'activité en cause commande un haut niveau d'expertise, alors que des conséquences potentiellement mineures et d'autres catégories d'activités exigent des mesures de moindre envergure. Dans certaines circonstances, l'intensité de l'obligation de diligence peut s'élever jusqu'à l'identification des risques incertains et la prise de mesures appropriées pour les documenter et les maîtriser, c'est-à-dire le devoir d'agir en entreprenant, par exemple, des recherches sur les risques incertains associés aux activités afin de prévenir les atteintes à l'environnement[2138] :

Reasonable care and due diligence do not mean superhuman efforts. They mean a high standard of awareness and decisive, prompt and continuing action[2139].

58. On le voit bien, à la manière du principe de précaution, l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables peut exiger un haut niveau d'expertise et intervenir dans une situation de risques incertains. Toutefois, elle se distingue du principe de précaution en ce qu'elle n'impose pas automatiquement à tous de prendre des mesures pour anticiper les risques incertains lorsque les dommages potentiels sont graves ou irréversibles.

59. La décision *R.* c. *Imperial Oil*[2140], de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, illustre que l'intensité de l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables

2137 *R.* c. *Northwood Pulp and Timber Co. Ltd.*, (1992) 9 C.E.L.R. (N.S.) 289, 293.
2138 Voir B. PARDY, préc., note 41.
2139 *R.* c. *Commander Business Furniture Inc.*, (1993) 9 C.E.L.R. (N.S.) 185, 240 (Ont. Ct. Prov. Div.).

offre un point de rencontre avec le principe de précaution bien qu'il n'y soit pas mentionné. Dans cette affaire, les éléments matériels de l'infraction étaient admis, à savoir d'avoir permis le rejet dans un cours d'eau fréquenté par le poisson d'une petite quantité d'une substance toxique, qui s'est révélée trop soluble pour être captée par le séparateur d'huile vers lequel les installations de la raffinerie l'ont dirigée, puis vers la baie poissonneuse, en contravention de la *Loi sur les pêches*. Le débat judiciaire s'est porté sur le caractère diligent de la conduite d'Imperial Oil dans les circonstances.

60. L'envergure des activités, leur localisation et l'importance des risques qui y sont associés ont déterminé le haut niveau de diligence requis dans les circonstances. Le rejet est survenu à la raffinerie Ioco située à Burrard Inlet situé près de Vancouver. En exploitation depuis 1915, les activités consistaient, au moment du rejet en février 1995, à l'exploitation d'une raffinerie de pétrole produisant 45 000 barils par jour et d'un champ de 125 réservoirs de produits pétroliers reliés entre eux par quelques 75 miles (121 km) de tuyauterie. Le site d'exploitation s'étendait alors sur 250 acres (1 km^2) et surplombait la baie de Burrard, fréquentée par le poisson. Après avoir décrit les activités de l'entreprise, la juge Antifaev de la Cour provinciale de Colombie-Britannique retient un haut niveau de compétence :

Given the evidence of the size of the operations at this refinery, the size of the company as a whole, and the evidence of its ability and willingness to access outside expertise whenever required, the skill level expected of the accused was very high. This was particularly so due to the hazardous nature of the chemicals it dealt with, and the environmentally sensitive (and populous) area where the refinery was located[2141].

61. En application de ce haut standard de diligence, la défense d'Imperial Oil a finalement échoué en raison du fait qu'il était déraisonnable dans les circonstances pour elle d'ignorer le risque dont la réalisation était l'objet des poursuites. Condamnée pour son ignorance du risque, la société pétrolière a plaidé, sans succès, devant la Cour d'appel que cela est « tantamount to requiring hindsight and imposing a standard of absolute liability »[2142]. Lorsqu'un haut degré de diligence est requis, les débats touchant la présence de la faute mettent en évidence que l'application du principe de précaution dans le droit de la responsabilité pénale pour une infraction de pollution prête le flanc à des allégations de responsabilité sans faute, et donc d'inconstitutionnalité.

2140 *R.* c. *Imperial Oil Ltd.*, [2000] B.C.J. No. 2031 (C.A).

2141 *R.* c. *Imperial Oil*, (1997) 26 C.E.L.R. (N.S.) 112, par. 67 (C.P. C.-B.).

2142 *R.* c. *Imperial Oil Ltd.*, préc., note 100.

2.4.2 L'identification du risque : anticipation et conduite préventive face aux risques potentiels

62. Le devoir de diligence est exigeant, car rien ne doit être laissé au hasard. En effet, la Cour suprême retient que la personne qui contrôle un risque plus qu'insignifiant et minime de contamination de l'environnement a l'obligation de prendre « toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question »[2143]. [nos soulignés] L'adjectif « tout » renvoie à la totalité des mesures de précaution raisonnables pour éviter le rejet du contaminant dans l'environnement. De plus, il ne s'agit pas d'une défense générale de bonne conduite, mais bien d'une défense spécifique, c'est-à-dire limitée à la conduite adoptée et aux mesures mises en œuvre pour prévenir un risque particulier, à savoir l'évènement de pollution reproché.

63. La diligence raisonnable commande une conduite active en termes d'anticipation des risques de pollution. En effet, la prévention des rejets potentiellement nuisibles pour l'environnement se réalise à travers une analyse de risque qui nécessite, dans un premier temps, d'identifier, évaluer et apprécier les risques et, ensuite, de les gérer et les maîtriser par des mesures de précaution (*infra*, 2.4.3)[2144].

64. En matière de connaissance des risques, la jurisprudence retient que celui qui est demeuré passif et ignorant devant les risques inhérents à ses activités n'a aucune défense de diligence à faire valoir. Maintes fois cité dans la jurisprudence, le juge Morrow de la Cour supérieure des Territoires du Nord-Ouest soulignait, déjà en 1976, le devoir d'anticiper les risques de ses activités et de les maîtriser :

But to avoid liability the appellant must couple lack of consent with a behaviour or consciousness which in effect shows it was not blind to the consequences of the possibility as well as the consequent danger of a leakage such as is found in the present case[2145].

65. L'examen judiciaire entourant la portée et les limites de l'obligation d'anticiper les risques ne gravite pas autour de l'à-propos d'appliquer le principe de précaution et de rechercher un début de preuve scientifique, mais autour du caractère raisonnable ou non de l'ignorance ou de l'erreur quant à l'existence du risque de pollution, car les risques imprévisibles ne peuvent être imputés à une personne sans introduire un régime de responsabilité pénale sans faute.

2143 *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71, 1326.

2144 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Incertitude et précaution : Incidence sur les échanges et l'environnement*, Groupe de travail conjoint sur les échanges de l'environnement, COM/ENV/TD(2000)114/REV2, 2001, p. 16-28.

2145 *Canada Tungsten Mining Corp.* c. *R.*, (1976) 1-II F.P.R. 75, 78 (C.S. T.N.-O.); *R.* c. *Panartic Oils*, (1982) 12 C.E.L.R. 29, 3 F.P.R. 420 (C. Terr. T.N.-O.).

Les deux volets de la diligence raisonnable s'entrecroisent ici, mais doivent être départagés. Dans la jurisprudence, la détermination du caractère prévisible ou imprévisible du risque fait intervenir la question du degré de contrôle exercé sur la cause du rejet. C'est ici que l'application du principe de précaution soulève les plus importantes difficultés au regard de son harmonisation avec le droit de la responsabilité pénale.

66. Dans *R.* c. *Imperial Oil*, la défense de diligence raisonnable fut rejetée, car l'ignorance du risque était injustifiée. Les faits révèlent que ce n'est qu'après le rejet reproché que les investigations entreprises par la société pétrolière lui ont permis de découvrir que la substance qu'elle croyait être du MMT pur (méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle), insoluble dans l'eau, était plutôt un mélange composé de 46 % de MMT et de 54 % de solvant, à savoir du LP46, trop faiblement soluble pour être capté par le séparateur d'huile utilisé par la société[2146]. Eu égard à la cause du rejet, la Cour souligne que tous les éléments ayant contribué au rejet reproché étaient associés aux activités de la raffinerie et sous le contrôle d'Imperial Oil.

67. La défense de la société pétrolière se composait d'éléments fondés sur la conduite du fabricant et sa propre conduite exemplaire. En premier lieu, elle prétendait qu'il était raisonnable dans les circonstances de se fier aux informations reçues d'Ethyl Corporation, le fabricant du MMT et du LP46, car il s'agit d'une grande multinationale possédant tous les équipements et l'expertise nécessaires pour tester ses produits. À ce sujet, elle souligne que les informations reçues ne faisaient aucune mention que le produit était toxique pour les poissons et qu'« it would be prohibitively expensive, and therefore unrealistic, to require it to re-test products which have already been tested by reputable suppliers »[2147]. De plus, la société pétrolière fait état de la mise en place d'un programme continu d'inspection et de contrôle des installations qui aurait permis d'identifier le risque que présentait l'utilisation du MMT ou du LP46 dans ses installations. Enfin, elle a soutenu avoir testé ses effluents plus souvent que requis par ses permis, ce qui lui a permis de détecter le rejet toxique et d'intervenir promptement.

68. Les trois instances ayant entendu l'affaire ont conclu qu'Imperial Oil a été négligente à deux égards. D'une part, pour avoir utilisé dans les opérations de sa raffinerie une substance dont elle aurait dû connaître l'identité et les propriétés, et cela avant de l'utiliser, et d'autre part, pour avoir omis de vérifier que ses équipements de prévention des rejets étaient en mesure de la

2146 *R.* c. *Imperial Oil Ltd.*, préc., note 100, par. 5 et 6.

2147 *Id.*, par. 23. Au sujet de l'absence d'information sur le caractère toxique de la substance pour le poisson, voir le par. 10 : « The MSDS for pure MMT warned of toxicity to rats and rabbits, which ought to cause a reasonable person to make further inquiries if the individual knows that the material will be directed into fish-bearing waters in the event of a spill. The trial judge said that such a case existed here, given that the additive tanks were outdoors in a wet location on the side of a hill that led down to fish-bearing waters ».

contenir. La majorité des membres de la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité en retenant qu'Imperial Oil aurait dû obtenir et agir en conformité avec des informations qu'elle aurait dû connaître[2148]. Pour la majorité, les deux erreurs ou ignorances de fait n'étaient pas raisonnables dans les circonstances et démontrent sa négligence :

The substance's high degree of toxicity is not in dispute. However, the appellant had not identified it as a toxic substance before the event. Imperial had ample expertise available to it for that purpose. […] In particular, Imperial should have known that the substance at issue was toxic. Imperial could not have predicted the effectiveness of its separator without knowing the properties of the substances which would pass through it. These failures demonstrate a lack of due diligence on Imperial's part[2149].

69. Quant au programme de suivi mis en place sur le site de la raffinerie, les juges se sont divisés sur sa pertinence. La juge de première instance et la juge dissidente de la Cour d'appel auraient acquitté l'entreprise pour ce motif[2150], alors que le premier juge d'appel et la majorité des membres de la Cour d'appel ont déclaré que cet élément n'était pas pertinent à l'examen de la défense. À ce sujet, cette dernière rappelle que la défense de diligence raisonnable intéresse l'événement particulier rattaché à l'infraction reprochée et qu'il ne s'agit pas d'une défense générale de bonne conduite[2151] : « The specific events at issue here were the escape of a small amount of a highly toxic substance from Imperial's storage container, and the failure of the appellant's separator to remove it from the refinery's effluent »[2152].

70. La décision *Imperial Oil* a, par la suite, été mentionnée et suivie dans une quarantaine de décisions, dont la quasi-totalité pour appuyer le fait que la défense de diligence raisonnable n'est pas une défense générale de bonne conduite, mais une défense qui s'intéresse spécifiquement à l'événement infractionnel reproché. Parmi ces décisions, l'affaire *R.* v. *MacMillan Bloedel Ltd*.[2153], rendue deux ans plus tard par la même Cour d'appel, retient l'attention, car la Cour la distingue en raison du caractère imprévisible du risque de rejet. Par ailleurs, il lui était reproché la même infraction que celle dans *Imperial Oil*, à savoir d'avoir rejeté une substance nocive dans des eaux poissonneuses en contravention à la *Loi sur les pêches*, et cela, en raison d'une fuite de diesel d'un conduit souterrain causée par une corrosion microbiologique. C'est le concept de contrôle appliqué

2148 *Id.*, par. 18.
2149 *Id.*
2150 *Id.*, par. 34 : « In my view, it is applying a standard of perfection to conclude that despite all this evidence, the appellant did not conduct itself with due diligence ».
2151 *Id.*, par. 23.
2152 *Id.*, par. 27.
2153 *R.* c. *MacMillan Bloedel Ltd.,* 2002 BCCA 510.

au risque qui a fait intervenir le premier volet de la défense de diligence raisonnable fondé sur l'erreur de fait raisonnable :

Unlike the situation in the Imperial Oil case, the conditions that produced the leak were not carelessly created by MacMillan Bloedel. Further, MacMillan Bloedel did not know of the existence of the hazard – it honestly believed that the pipes were sound. Moreover, the leak was not caused by ordinary corrosion, which on all of the evidence was not a reasonably foreseeable occurrence at that time, but by microbiological corrosion, which was not reasonably foreseeable at all. Accordingly, on the trial judge's findings, MacMillan Bloedel did not foresee and could not reasonably have foreseen the particular event[2154].

71. Les juges se sont divisés sur la manière d'orchestrer les deux volets de la défense de diligence raisonnable. En première instance, bien que son ignorance du risque fut jugée raisonnable dans les circonstances, l'entreprise fut néanmoins reconnue coupable pour son défaut d'avoir pris toutes les précautions raisonnables pour le prévenir (absence d'un programme de remplacement des conduits souterrains). Cette décision fut renversée et l'acquittement de l'entreprise fut confirmé par la majorité des membres de la Cour d'appel. Pour la majorité, les deux volets de la défense de diligence raisonnable étant alternatifs[2155], le juge de première instance a commis une erreur de droit en les appliquant de manière cumulative :

Moreover, and in any event, the trial judge erred in his consideration of the second branch of the defence when he concluded that MacMillan Bloedel had failed to prove that it took all reasonable care to prevent the spill. It is irrational to say that an accused may escape liability for an event that was not reasonably foreseeable by taking all reasonable steps to avoid it. One cannot consciously take steps to avoid an event that one cannot foresee[2156].

72. Il est dommage que les juges dans cette affaire n'aient pas discuté davantage des motifs pour lesquels le risque microbiologique n'était pas raisonnablement prévisible dans les circonstances. Les deux instances d'appel ont simplement repris les conclusions du juge des faits ayant entériné les conclusions de l'expert de la défense, qui ne l'aurait pas prévu, et souligné que le « process of microbiologically influenced corrosion was not well understood in 1993 »[2157]. Nous pensons que l'examen judiciaire devrait reposer sur un raisonnement accordant une attention plus importante à la portée de l'obligation de connaître les risques associés aux activités dont une

2154 *R.* c. *Imperial Oil Ltd.*, préc., note 100, par. 27.
2155 *Id.*
2156 *Id.*
2157 *R.* c. *MacMillan Bloedel Ltd*., 2001 BCSC 617, par. 1.

personne a le contrôle. À ce chapitre, le principe de précaution pourrait aider à interpréter la portée de l'erreur de fait raisonnable en y intégrant des considérations sur l'état des connaissances scientifiques entourant l'existence du risque.

73. Manifestement, la construction du régime de responsabilité pénale fondée sur la faute de négligence s'écarte du principe de précaution qui trouve application lorsque le risque atteint un seuil suffisant de scientificité, sans égard au fait que le risque n'était pas raisonnablement prévisible ou qu'il résulte de circonstances hors du contrôle de la personne poursuivie. En effet, suivant le premier volet de la défense de diligence raisonnable, certains risques peuvent exister et faire l'objet de connaissances scientifiques concluantes sans faire intervenir l'obligation de prendre des mesures de précaution lorsque ceux-ci ne sont pas raisonnablement prévisibles. Le principe de précaution est plus exigeant, car il commande d'agir comme si ces risques existaient et non comme s'ils n'existaient pas.

2.4.3 Les mesures de précaution raisonnable : obligation continue et étendue

74. Les mesures de précaution à adopter pour maîtriser les risques de pollution ne sont pas prédéterminées par la défense de diligence raisonnable. Il demeure, par conséquent, peu aisé d'anticiper de façon précise les mesures qui seront prises au nom de la diligence raisonnable. De plus, le large pouvoir d'appréciation qui accompagne la gestion du risque et le choix des mesures à prendre limite, *a posteriori*, le contrôle judiciaire quant à l'opportunité de ces choix.

75. Cela étant, à la lumière de la jurisprudence, l'obligation de prendre toutes les mesures de précaution nécessaires est clairement exigeante. Suivant les tribunaux, la diligence s'applique de manière continue à toutes les composantes de l'activité qui peut être la cause ou la source d'un rejet de contaminant : le choix des produits, des équipements de production et des installations antipollution, leur entretien, le site et son aménagement, le choix et la formation de la main-d'œuvre ainsi que la surveillance et l'inspection du site, des équipements et du travail des préposés et sous-traitants[2158].

76. Bien que l'obligation soit exigeante, elle n'exige pas que toutes les mesures concevables soient adoptées, mais seulement celles qui sont raisonnables dans les circonstances. Dans l'examen du caractère raisonnable des mesures mises en œuvre pour prévenir le risque de rejet, les tribunaux se réfèrent à de nombreux facteurs : les standards de l'industrie, le recours à un expert,

[2158] P. HALLEY, préc., note 43, p. 284-296; *R.* c. *Sault Ste-Marie*, préc., note 71, 1322 : « Ce contrôle peut être exercé par [traduction] la surveillance ou l'inspection, par l'amélioration des méthodes commerciales ou par des recommandations à ceux qu'on peut espérer influencer ou contrôler ».

l'utilisation d'un système de gestion environnementale, la réalisation d'un audit ou d'une analyse de risque, les solutions alternatives disponibles, les efforts pour réduire le risque, les considérations économiques, le suivi des connaissances nécessaires au domaine d'activités, etc.

77. Lorsque les atteintes potentielles à l'environnement sont graves ou irréversibles, les mesures de précaution raisonnables à mettre en œuvre seront plus importantes : s'abstenir d'utiliser la substance ou le procédé, suspendre son utilisation provisoirement, réaliser des études avant de poursuivre son utilisation, restreindre l'usage, renforcer les normes de sécurité et les équipements antipollution, changer le procédé, organiser une veille ou un suivi scientifique, informer les autorités publiques, etc. Quant aux risques potentiels qui s'avéreraient moins dommageables pour l'environnement, les mesures de précaution envisagées peuvent être plus souples et comprendre certaines conditions et restrictions dans l'utilisation de la substance ou du procédé visé.

78. Dans l'affaire *Imperial Oil*, les trois instances judiciaires ont conclu qu'il n'était pas excessif ni trop coûteux pour la société pétrolière d'entreprendre des démarches et des analyses particulières pour connaître les propriétés de la substance utilisée, à savoir sa toxicité pour le poisson, et la capacité de ses équipements à contenir les rejets accidentels[2159]. À l'issue de ces dernières démarches, il aurait été facile pour la société pétrolière de réduire le risque, voire de l'éliminer, en isolant le réservoir contenant le MMT ou le LP 46 du système de drainage du site industriel, de distribuer l'information auprès de ses raffineries et de consulter des experts sur la manière d'utiliser de manière sécuritaire le produit[2160].

Conclusion

79. Au bilan, il est manifeste que le principe de précaution est bien présent dans la législation fédérale et provinciale de l'environnement où il continue sa progression. Sa valeur interprétative, matérielle et procédurale fait l'objet d'un nombre grandissant de décisions judiciaires, notamment dans le secteur des espèces menacées. Bien que les formulations du principe varient d'une loi à l'autre, elles ont en commun de ne s'adresser qu'à l'exécutif et non aux personnes privées, et de se fonder sur des bases communes en termes de gravité des conséquences et de l'incertitude scientifique, mais elles présentent des variantes importantes quant aux mesures à prendre pour prévenir le risque. Aussi, il faut conclure qu'il existe plusieurs principes de précaution dans la législation canadienne, ce qui est de nature à nuire à la possibilité pour les tribunaux

2159 *R.* c. *Imperial Oil Ltd.*, préc., note 100, par. 27.
2160 *Id.*, par. 18.

d'élaborer des règles générales sur les exigences de sa mise en œuvre et sa portée et de l'intégrer dans un standard général de conduite. Dans ces conditions, il convient de les distinguer entre eux.

80. La revue de la législation environnementale montre également qu'il convient de réserver l'expression « principe de précaution », pour décrire l'idée selon laquelle l'absence de certitudes ne doit pas différer l'adoption de mesures visant à prévenir le risque grave ou irréversible, et cela, afin de marquer la distinction avec le concept ou l'approche de précaution très présent lui aussi dans la législation environnementale canadienne. L'examen du droit de la responsabilité pénale applicable aux interdictions générales de polluer nous a conduits à confirmer que la parenté entre les deux concepts de précaution est très étroite. Cela étant, la jurisprudence arrive également à ce constat en soulignant qu'une interdiction générale de polluer « permet certainement de considérer le principe de précaution »[2161] et que le principe demeure « en toile de fond »[2162] dans l'étude de la prohibition. En effet, l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables de l'approche de précaution peut se trouver à couvrir des situations donnant ouverture au principe de précaution. Toutefois, la superposition se révèle imparfaite, car les règles gouvernant les deux concepts sont suffisamment distinctes pour rendre l'harmonisation difficile. Aussi, le principe de précaution n'est pas intégré dans le droit de la responsabilité pénale, bien que cette affirmation doive être nuancée en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'administration publique québécoise assujettie au respect de la *Loi sur le développement durable*.

81. C'est, en premier lieu, l'exigence constitutionnelle de la faute qui rend l'articulation difficile avec le principe de précaution, notamment au niveau de la connaissance du risque qui s'apprécie différemment. Avec le principe de précaution, c'est l'existence d'un début de connaissance scientifique qui commande de présumer son existence et de prendre des mesures pour le prévenir si le risque est grave ou irréversible. L'approche de précaution fait intervenir le critère objectif, plus souple, de la prévisibilité raisonnable du risque, au-delà de laquelle il n'y a plus de faute pénale. La prévisibilité raisonnable d'un risque s'apprécie suivant plusieurs circonstances et pas uniquement et automatiquement lorsque l'état des connaissances scientifiques est suffisant. À ce sujet, la jurisprudence est claire : « It is irrational to say that an accused may escape liability for an event that was not reasonably foreseeable by taking all reasonable steps to avoid it »[2163]. En second lieu, les deux concepts n'ont pas la même fonction. Le principe a pour objet de prescrire l'adoption par l'État d'un comportement spécifique dans une situation d'incertitude, alors que l'approche de précaution est un standard général de conduite permettant d'évaluer les comportements fautifs ou diligents ayant précédé un événement de pollution.

2161 *Courses automobiles Mont-Tremblant inc.* c. *Iredale*, préc., note 56, par. 101.

2162 *Centre québécois du droit de l'environnement* c. *Oléoduc Énergie Est ltée*, préc., note 27, par. 26.

2163 *R.* c. *MacMillan Bloedel Ltd.*, préc., note 113, par. 52.

82. Une fois ces distinctions bien posées, le principe de précaution demeure une source d'enrichissement du droit de l'environnement canadien et de son régime de responsabilité pénale, notamment sur la question de la prévisibilité raisonnable des risques. Il est de nature à renouveler la réflexion judiciaire sur le concept de contrôle du risque et le devoir de connaissance de celui qui entreprend des activités risquées d'un point de vue environnemental. Par ailleurs, cette réflexion est devenue incontournable depuis que l'administration publique québécoise doit tenir compte du principe de précaution dans ses différentes actions. Bien qu'à l'heure actuelle, la jurisprudence ne fournisse pas d'exemple où le principe de précaution aurait été examiné dans le cadre d'un recours pénal entrepris contre l'administration publique, les tribunaux seront amenés à examiner cette obligation imposée par la *Loi sur le développement durable* à l'occasion de l'examen des facteurs qui sont pris en compte pour évaluer le caractère diligent de la conduite de l'administration publique.

PARTIE 4 – ASIE

1. CHINE

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT CHINOIS. ANALYSE DES RESPONSABILITÉS CIVILE ET PÉNALE

Romain Ollard et Jonas Knetsch
Professeurs à l'Université de La Réunion

1. À la différence d'autres systèmes juridiques, le droit chinois ne connaît pas, en l'état actuel, de disposition normative consacrant expressément le principe de précaution. Aussi, le droit de la responsabilité civile et pénale reste pour l'heure insensible à une réception expresse de ce principe. Pour autant, bien que peu théorisée, la prise en compte d'un risque de dommage incertain au regard des connaissances scientifiques actuelles n'est pas inconnue des juristes en Chine. Une législation très développée en matière environnementale contribue, en effet, à limiter les activités à risques qui pourraient affecter gravement et de manière irréversible la nature ou la santé publique.

2. Contrairement aux idées reçues, le droit chinois de l'environnement est composé d'un ensemble considérable de lois et de règlements[2164] dont la complétude résulte aussi bien d'une activité législative soutenue du pouvoir central[2165] que des très nombreux textes adoptés à l'échelle régionale et locale[2166]. Si le législateur chinois s'est initialement inspiré du droit américain pour légiférer en matière environnementale, il s'est ensuite tourné vers l'Europe en prenant appui sur les principes directeurs qui caractérisent le droit de l'environnement des États-membres de l'Union européenne[2167]. C'est ainsi que le principe de précaution, formulé dès les années 1970 en Europe, a

[2164] J. KELLEY, « Seeking Justice for Pollution Victims in China: Why China Should Amend the Tort Liability Law to Allow Punitive Damages in Environmental Tort Cases », *Seattle University Law Review* 2012 (vol. 35), p. 527, spéc. p. 535. Cf. aussi Ph. STALLEY, *Foreign Firms, Investment, and Environmental Regulation in the People's Republic of China*, 2010, p. 22 (« admirable set of environmental laws ») ainsi que C. McELWEE, *Environmental Law in China: Mitigating Risk and Ensuring Compliance*, 2011, p. 30 (« relatively well-crafted environmental legal system »).
[2165] Une version révisée de la Loi sur la protection de l'environnement, adoptée en 1989, entrera en vigueur le 1er janvier 2015. Sur les apports de cette réforme, cf. T. YANG, « The 2014 Revisions of China's Environmental Protection Law », *SwissRe Risk Dialogue Magazine* 2014 (n° 20), téléchargeable sur http://cgd.swissre.com/global_dialogue/topics/Environmental_liability/.
[2166] R. FERRIS/H. ZHANG, « Reaching out to the Rule of Law: China's Continuing Efforts to Develop an Effective Environmental Law Regime », *William & Mary Bill of Rights Journal* 2003 (vol. 11), p. 569, spec. p. 586 (les auteurs supposent l'existence de plus de mille textes).
[2167] R. PERCIVAL, « The Challenge of Chinese Environmental Law », *International Environmental Law Committee Newsletter* 2008 (n° 10), p. 2, spéc. p. 3.

fait son apparition dans le débat public chinois[2168], sans pourtant être élevé au rang de principe fondamental de la politique législative, ni à celui d'une règle juridique.

3. Comme nous l'ont confirmé nos interlocuteurs, le principe de précaution est reçu avec beaucoup de parcimonie en Chine et, bien que connu des spécialistes du droit de l'environnement, il peine encore à trouver sa place dans le système normatif chinois. Pour expliquer cela, plusieurs considérations peuvent être avancées : D'une part, la politique économique chinoise est principalement guidée par l'objectif d'un développement technologique et industriel du pays, lequel serait freiné par une application systématique du principe de précaution considéré comme peu compatible avec le progrès[2169]. D'autre part, les catastrophes environnementales et sanitaires des dernières années viennent tout juste d'attirer l'attention de la société civile et des autorités publiques sur les risques *connus* des activités dangereuses. La mise en œuvre d'une politique de gestion des risques *incertains* au sens du principe de précaution apparaîtrait ainsi comme prématurée au regard de l'immense défi que représente la protection de l'environnement et de la santé publique dans un pays comme la Chine[2170].

4. Dès lors, une analyse du principe de précaution se heurte à sa place relativement discrète, voire effacée en droit chinois. Très souvent, les interlocuteurs chinois interrogés semblaient faire l'amalgame entre *le principe* de précaution, tel qu'il se présente en droit français, et l'obligation pour tout justiciable de prendre *les mesures* de précaution qui s'imposent pour prévenir un dommage dont le risque est certain. Par ailleurs, les quelques dispositions légales qui peuvent être interprétées comme une traduction juridique du principe de précaution, ne sont pas toujours d'application effective[2171].

À cela s'ajoute encore une propension des justiciables chinois à revendiquer la garantie de leurs droits en dehors du cadre juridique. En effet, au lieu d'engager une action en justice, c'est à travers la protestation publique que les personnes exposées aux effets d'une activité à risques réclament et

[2168] Cf. par exemple C. XIAOLIN, « On the Precautionary Principle and Sustainable Utilization of Living Marine Resources of China », *Journal of Management and Sustainability* 2011 (vol. 1), p. 133 et B. MOYLE, « China's Captive Tigers: An Application of the Precautionary Principle to Policy », Working Paper (non publié), téléchargeable sur http://ssrn.com/abstract=1699507. V. aussi l'entretien réalisé par le portail *China Water Risk* avec le professeur Canfa WANG (http://www.chinawaterrisk.org/interviews/time-to-enforce-china-environment).

[2169] M. HAWTHORNE, « Confronting Toxic Work Exposure in China: The Precautionary Principle and Burden Shifting », *Environmental Law* 2007 (vol. 37), p. 151, spéc. p. 167 (« The Chinese government is more likely to accept a weaker precautionary principle because it would not greatly hinder economic growth. »)

[2170] L'un de nos interlocuteurs s'exprimait ainsi : « We have so much to do with the *currently known* risks of industrial activities that we do not have the time to think about the *unknown* risks. »

[2171] C. WANG, « Chinese Environmental Law Enforcement: Current Deficiencies and Suggested Reforms », *Vermont Journal of Environmental Law* 2007 (vol. 8), p. 159.

obtiennent une compensation de l'Etat ou la cessation de l'activité[2172]. Il s'agirait, selon certains de nos interlocuteurs, de la manière chinoise (« *the Chinese way* ») de résoudre des différends qui relèveraient, en droit français, d'une mise en œuvre juridictionnelle du principe de précaution.

5. Pour tenir compte de ces difficultés, notre rapport se limitera à la présentation des règles qui, à la lumière du droit français, peuvent être comprises comme une expression normative du principe de précaution. Pour la clarté du propos, nous distinguerons la matière de la responsabilité civile (I) du domaine de la responsabilité pénale (II).

I. Le principe de précaution et la responsabilité civile

6. Par décision du 26 décembre 2009, le Comité permanent du Congrès populaire national a adopté la Loi sur la responsabilité civile délictuelle (*Tort Liability Law [TLL]*) qui est devenue effective le 1er juillet 2010[2173]. Cette loi formera, avec les Principes généraux du droit civil de 1986, la Loi sur les contrats de 1999 et la Loi sur les droits réels de 2007, une partie substantielle du futur Code civil chinois, lequel est en cours d'élaboration[2174].

7. La réforme du droit de la responsabilité chinois a été précédée de travaux préparatoires au cours desquels une large part a été réservée à l'analyse des solutions étrangers[2175]. Si le résultat final tient compte des observations comparatives et adopte certaines caractéristiques de systèmes juridiques étrangers, il n'en demeure pas que la TLL présente une originalité qui éloigne la responsabilité civile du droit chinois des conceptions traditionnelles prévalant à l'Occident. Permettant de sanctionner l'auteur d'un dommage et de prévenir la réalisation de risques, le droit chinois de la responsabilité civile se démarque, en effet, par sa conception particulièrement extensive

---

[2172] J. KELLEY, art. préc., *Seattle University Law Review* 2012 (vol. 35), p. 527, spéc. p. 537 (« Of the environmental claims that are brought to court, some are settled by administrative measures. ») Cf. aussi Y. ZHAO, « Environmental Dispute Resolution in China », *Journal of Environmental Law* 2004 (vol. 16), p. 157.

[2173] Zhōnghuá rénmín gònghéguó qīnquán zérèn fǎ (中华人民共和国侵权责任法). Une traduction anglaise peut être consultée sur le site http://www.lawinfochina.com/Display.aspx?Lib=law&Id=7846). – Pour une analyse doctrinale de ce texte, cf. en particulier H. KOZIOL/Y. ZHU, « Background and Key Contents of the New Chinese Tort Liability Law », *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328.

[2174] Sur l'entreprise de codification en Chine, cf. L. CHEN/C. VAN RHEE (sous la dir.), *Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives*, 2012.

[2175] Sur la genèse de la loi, cf. H. KOZIOL/Y. ZHU, art. préc., *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328, spéc. p. 332 et s. ; G. CONK, « A New Tort Code Emerges in China: An Introduction to the Discussion With a Translation of Chapter 8 – Tort Liability of the Official Discussion Draft of the Proposed Revised Civil Code of the People's Republic of China », *Fordham Journal of International Law* 2007 (vol. 30), p. 935 et A. GREEN, « Tort Reform with Chinese Characteristics: Towards a "Harmonious Society" in the People's Republic of China », *San Diego International Law Journal* 2008-2009 (vol. 10), p. 121.

(A) et par l'existence d'un régime spécifique de responsabilité environnementale dont l'élaboration semble notamment avoir été guidée par le principe de précaution (B).

A. Une conception extensive des fonctions de la responsabilité civile

8. L'article 1er TLL proclame les objectifs du droit de la responsabilité civile en disposant que la loi cherche à « protéger les droits reconnus par la loi et les intérêts des parties engagées dans des rapports de droit privé, [à] préciser la responsabilité délictuelle, [à] prévenir et [à] punir des actes délictuels et [à] promouvoir l'harmonie sociale et la stabilité »[2176]. Cette disposition préliminaire du texte souligne d'emblée certaines des fonctions que le droit chinois reconnaît à la responsabilité civile. En sus de la compensation des dommages qui n'est pas explicitement mentionnée, la responsabilité délictuelle aurait également pour mission la prévention et la punition[2177] des actes délictuels. Si ces deux finalités sont présentes en droit français, elles tendent à s'effacer derrière la nature essentiellement compensatoire des règles de responsabilité civile. En particulier, la prévention d'un acte dommageable futur, prévue par le droit chinois, semble difficilement compatible avec l'idée traditionnelle selon laquelle la responsabilité civile a pour mission essentielle la réparation d'un dommage effectivement subi par un demandeur.

9. Loin d'être une simple annonce dénuée de valeur normative, l'article 1er TLL trouve son prolongement dans l'article 15 TLL qui énumère les différents effets de la responsabilité parmi lesquels ne figurent pas uniquement la restauration du *statu quo ante* (*restoration to the original status*) et la compensation des pertes subies (*compensation of losses*), mais également la cessation d'un risque[2178]. L'objectif de prévention de dommages se traduit donc concrètement par la possibilité pour une personne de demander, au titre de la responsabilité civile, l'élimination d'un risque de dommage (*elimination of dangers*)[2179]. Au vu des textes, un demandeur exposé à un risque imminent de dommage, fût-il incertain, est donc en droit d'agir en responsabilité aux fins d'obtenir du juge une injonction imposant à l'auteur du risque d'éliminer la source du danger[2180]. Si l'article 15 TLL prévoit cette possibilité, la jurisprudence n'a pas encore clairement établi les conditions qui doivent

[2176] Traduction de l'anglais par nos soins.
[2177] Sur la dimension punitive de la responsabilité civile chinoise, cf. surtout J. KELLEY, art. préc., *Seattle University Law Review* 2012 (vol. 35), p. 527, spéc. p. 529 et p. 544 et s.
[2178] Sur les autres « remèdes » mentionnés, cf. H. KOZIOL/Y. ZHU, art. préc., *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328, spéc. p. 342 et s. (les auteurs soulignent les efforts de la doctrine chinoise d'intégrer dans la matière de la responsabilité civile les sanctions de la violation d'un droit réel).
[2179] Ce droit trouve son origine dans l'article 134 des Principes généraux du droit civil selon lequel « The main methods of bearing civil liability shall be: […] (3) elimination of dangers […]. ».
[2180] Y. WANG, « Remedies for Tortious Liability », *Journal of Renmin University of China* 2009 (vol. 3), p. 20 cité par H. KOZIOL/Y. ZHU, art. préc., *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328, spéc. p. 343.

être réunies pour pouvoir invoquer une telle sanction[2181], ainsi que son articulation avec les procédures de sauvegarde de la propriété (*property preservation*), prévues aux articles 92 et suivants de la Loi sur la procédure civile (*Civil Procedure Law*)[2182].

10. Une seconde originalité se manifeste dans les liens que la responsabilité civile entretient avec l'action des pouvoirs publics. Contrairement au droit français, la réglementation chinoise prévoit qu'une autorisation administrative n'est pas une cause d'exonération. Aussi bien l'exploitant d'une activité comportant des risques incertains ne peut invoquer une autorisation administrative pour échapper au droit de réparer les dommages qui auraient été causés dans ce contexte. Cela signifie que l'évaluation des risques qui aura été effectuée préalablement par l'administration ne s'impose pas au juge civil, lequel fera abstraction de toute autorisation ou licence octroyée à l'exploitant. Cette solution surprenante résulte vraisemblablement de l'inexistence en droit chinois d'une procédure équivalente au recours pour excès de pouvoir du droit français[2183]. Dès lors, insusceptible de recours devant les juridictions, un acte administratif ne lie aucunement le juge civil saisi d'une action en responsabilité, qui devra être en mesure d'apprécier librement l'existence d'un droit à réparation.

B. L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile environnementale

11. L'un des apports les plus importants de la Loi sur la responsabilité civile délictuelle est l'adoption d'un ensemble de règles spécifiques aux actions intentées par les victimes d'une pollution de l'environnement. Les articles 65 à 68 TLL instaurent un régime de responsabilité sans faute qui oblige « le pollueur à assumer sa responsabilité délictuelle, dès lors qu'un préjudice a été causé par une pollution de l'environnement ». Les nouvelles règles ont pour mérite de se substituer aux dispositions peu claires de l'article 41 des Principes généraux du droit civil et de l'article 124 de la Loi sur la protection de l'environnement dont l'application combinée ne fut guère aisée avant 2010[2184]. Bien que les anciennes dispositions n'aient pas été explicitement abrogées, les auteurs

[2181] H. KOZIOL/Y. ZHU, art. préc., *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328, spéc. p. 343 (« we think it preferable to stipulate clear requirements with regard to claims for injunctions »).
[2182] Sur ces procédures, cf. A. POON/P. SHEN, « Civil Litigation », in : M. Moser (sous la dir.), *Dispute Resolution in China*, 2012, p. 93, spéc. p. 128 et s.
[2183] Une réforme du droit administratif chinois a cependant été annoncée par le Comité permanent du Congrès populaire national le 1er novembre 2014. Cette réforme doit permettre aux justiciables de mieux défendre leurs droits face à l'administration. Cf. « New Law Makes it Easier to Sue Government », *Shanghai Daily* 2 novembre 2014, p. 1 et 2.
[2184] Sur la contradiction entre ces deux textes, cf. J. KELLEY, art. préc., *Seattle University Law Review* 2012 (vol. 35), p. 527, spéc. p. 543.

chinois considèrent que, en vertu de la règle « *lex posterior derogat legi priori* », seules les règles de la nouvelle Loi sur la responsabilité civile délictuelle peuvent désormais trouver application[2185].

12. Sous l'angle du principe de précaution, il est à noter que le régime de responsabilité environnementale a été assorti d'une règle de preuve dont l'objectif est de faciliter une action en responsabilité dans les domaines où la preuve d'une pollution ou celle d'un lien de causalité entre l'acte du défendeur et le dommage est difficile à rapporter. Aux termes de l'article 66 TLL, « en cas de litige en matière de pollution environnementale, il appartient au pollueur de prouver qu'il n'est pas responsable, que sa responsabilité est limitée en raison de la loi ou qu'il n'y a pas de lien de causalité entre son attitude et le dommage »[2186]. D'une portée générale, cette disposition favorise, à l'évidence, le demandeur à l'action en responsabilité en renversant la charge de la preuve en cas de doute sur l'existence du fait générateur de responsabilité ou du lien de causalité.

13. Cependant, les juridictions n'accordent le bénéfice de cette règle que si le demandeur fournit des éléments de preuve substantiels sur le dommage subi, l'origine de celui-ci ainsi que sur le lien entre le dommage et l'acte imputé au défendeur. Ce n'est qu'en apportant un « début de preuve » que les juges accepteront de déplacer la charge de la preuve sur la personne du défendeur à l'action en responsabilité, sans qu'il soit établi, à l'heure actuelle, quelle est la teneur précise de cette condition[2187]. En tout état de cause, cette interprétation restrictive, bien que non couverte par la lettre du texte, est indispensable pour ne pas faire peser sur l'industrie un risque de responsabilité trop élevé.

14. Si, pour certains auteurs, l'article 66 TLL est inspiré du principe de précaution[2188], les interlocuteurs interrogés n'ont pas signalé de contentieux où elle aurait trouvé application en présence d'un risque incertain lié à une technologie nouvelle ou au développement d'un nouveau produit. C'est avant tout dans les dossiers classiques de pollution environnementale que la nouvelle

[2185] H. KOZIOL/Y. ZHU, art. préc., *Journal of European Tort Law* 2010, p. 328, spéc. p. 334 et M. FAURE/H. WEIQIANG, « Towards a Reform of Environmental Liability in China: An Economic Analysis », *Asia Pacific Journal of Environment Law* 2010 (vol. 13), p. 225, spéc. p. 237.
[2186] Traduction de l'anglais par nos soins.
[2187] A. MOSER/T. YANG, « Environmental Tort Litigation in China », *Environmental Law Reporter* 2011 (n° 41).
[2188] Cf. surtout J. KELLEY, art. préc., *Seattle University Law Review* 2012 (vol. 35), p. 527, spéc. p. 543 (« Shifting the burden of proof from the plaintiff to the defendant is based on the precautionary principle, a western European model of environmental policy that is used to protect health and the environment when there is uncertainty about cause and effect. ») et R. MAGUIRE/H. JOHNSON, « Justice for pollution-victims in China and Australia», in : J. Tauri/K. Richards (sous la dir.), *Crime, Justice and Social Democracy: Proceedings of the 2nd International Conference 2013,* vol. 1, 2013, p. 99. V. aussi M. HAWTHORNE, « Confronting Toxic Work Exposure in China: The Precautionary Principle and Burden Shifting », *Environmental Law* 2007 (vol. 37), p. 151, spéc. p. 167 et s.

règle probatoire semble trouver application, à l'instar de ce qui avait déjà été prévu dans certaines législations sectorielles[2189] et admis par la Cour suprême avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la responsabilité civile délictuelle[2190]. Il n'en demeure pas moins que la portée très large et la formulation générale de l'article 66 TLL sont susceptibles d'ouvrir le contentieux en matière environnementale aux activités dont les risques sont encore peu connus.

15. Signalons enfin que la Loi sur la responsabilité civile délictuelle prévoit, dans son article 69, une responsabilité sans faute de l'exploitant d'une activité à haut risque (*high risk activities*) en prévoyant que « celui qui cause un dommage à autrui en exerçant une opération à grands risques doit assumer sa responsabilité délictuelle »[2191]. Bien que les articles 70 à 73 TLL précisent la portée de cette règle en prévoyant des cas de responsabilité spécifiques en matière nucléaire, aérien, ferroviaire ou d'exploration souterraine, l'article 69 est conçu comme une clause générale que le juge est appelé à interpréter au gré de l'évolution scientifique et technologique. Ainsi, en vertu de ce texte, l'exploitation de nouvelles technologies aux risques inconnus relève d'une responsabilité sans faute, et ce malgré l'obtention d'une autorisation administrative comme nous l'avons vu précédemment[2192].

II. Principe de précaution et responsabilité pénale

16. Comme en droit de la responsabilité civile, le principe de précaution n'a pas officiellement pénétré la sphère du droit pénal chinois. Toutefois, en raison de la généralité de leur rédaction, certaines infractions pénales existantes pourraient peut-être à l'avenir s'appliquer à des hypothèses de violation du principe de précaution (A). En revanche, les mécanismes de responsabilité (B), spécialement les peines, semblent peu adaptés à la prise en considération du principe de précaution, dès lors que ces mécanismes sont essentiellement tournés vers la répression et se révèlent finalement révéler adaptés à l'anticipation inhérente au principe de précaution.

[2189] Cf. art. 86 de la Loi de 1996 sur le contrôle de la pollution par les déchets solides (*Solid Waste Pollution Control Law*) et art. 87 de la Loi de 1984 sur le contrôle de la pollution de l'eau (*Water Pollution Control Law*). Sur ces dispositions, cf. R. PERCIVAL, « Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law », *Maryland Journal of International Law* 2010 (vol. 25), p. 37, spéc. p. 44 (note 27) avec d'autres références.

[2190] Cf. notamment Cour suprême, 2 avril 2009, Zhejiang Province Pinghu Normal Special Species Farm v. Jiaxing Buyun Dying and Chemical Factory, cité par R. PERCIVAL, art. préc., Maryland Journal of International Law 2010 (vol. 25), p. 37, spéc. p. 44 (note 28). – V. aussi les affaires citées par M. FAURE/H. WEIQIANG, art. préc., Asia Pacific Journal of Environment Law 2010 (vol. 13), p. 225, spéc. p. 232.

[2191] Traduction de l'anglais par nos soins.

[2192] Cf. *supra* sous I.A.

A. Infraction et principe de précaution

17. Tandis qu'aucune décision jurisprudentielle n'est venue à notre connaissance consacrer la pénétration du principe de précaution au sein des infractions d'imprudence, il semble qu'une telle intégration du principe de précaution soit concevable, non seulement au sein des délits généraux d'imprudence (1) mais encore et surtout au sein de certains délits spéciaux (2) ayant vocation à s'appliquer dans certains domaines particuliers tels que la santé publique ou la protection de l'environnement.

1) L'intégration du principe de précaution au sein des délits généraux d'imprudence

18. En droit pénal chinois, les délits généraux d'imprudence[2193] – homicide non intentionnel[2194] et blessures non intentionnelles[2195] – consistent uniquement en des infractions matérielles supposant pour leur constitution un préjudice effectif subi par une victime déterminée. Il n'existe pas en effet d'infractions formelles réprimant de manière générale la mise en danger, applicables à toute sorte de risque, comme il peut en exister en droit français (CP, art. 223-1). Seules certaines lois spéciales incriminent certains risques particuliers (v. infra), notamment dans le domaine de la santé publique.

19. Or, s'agissant d'infractions matérielles supposant la constatation d'un dommage effectivement souffert par une victime déterminée, la prise en considération du principe de précaution est, comme en droit français, nécessairement limitée : dans la mesure où ces infractions s'appliquent uniquement en cas de réalisation d'un dommage, elles semblent de prime abord s'opposer au sens préventif du principe de précaution[2196]. Mais s'il est vrai que ces infractions impliquent la réalisation d'un dommage avéré, elles n'en sont pas moins susceptibles de sanctionner une faute de précaution dans le cas où un risque incertain s'est effectivement réalisé : il s'agirait alors de sanctionner, de manière rétrospective, un défaut de précaution en présence d'un risque incertain qui s'est finalement révélé dommageable.

[2193] Intégré dans un chapitre IV, intitulé « Crimes of Infringing Upon the Rights of the Person and the Democratic Rights of Citizens ».

[2194] C. pén., art. 233 : « Whoever negligently causes the death of another is to be sentenced to not less than three years and not more than seven years of fixed-term imprisonment; when the circumstances are relatively minor, he is to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment. Where this Law has other stipulations, matters are to be handled in accordance with such stipulations ».

[2195] C. pén., art. 235 : « Whoever negligently injures another and causes him serious injury is to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention. Where this law has other stipulations, matters are to be handled in accordance sentenced to a fine, if the circumstances are serious ».

[2196] M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005, n° 35.

20. Comme en droit français, les termes employés semblent en effet suffisamment larges pour permettre l'intégration du principe de précaution : les notions d'imprudence et de négligence, non limitées aux seuls risques avérés, ne semblent pas exclusives de la prise en considération d'un risque simplement incertain. Dès lors, l'obstacle, souvent avancé, du principe de légalité criminelle qui s'opposerait à l'introduction du principe de précaution au sein des infractions de droit commun[2197], est largement théorique tant il est vrai que les incriminations sont rédigées de manière particulièrement large en matière d'imprudence[2198].

21. Afin de caractériser la faute constitutive de l'élément matériel, le droit chinois raisonne en effet, comme en droit français, sur un standard abstrait de référence en se demandant si, dans des circonstances semblables, un individu normalement diligent aurait adopté une conduite similaire (« *the reasonable person concept* »). Il y aura alors faute d'imprudence en présence d'un écart de conduite avec ce *standard de référence*. Or, une telle appréciation abstraite de la faute pénale d'imprudence pourrait permettre l'intégration au sein des délits d'imprudence du principe de précaution, lequel implique une norme de comportement ; il s'agirait alors d'envisager le principe de précaution comme une règle de conduite, comme un standard juridique susceptible, en cas de méconnaissance, de constituer une faute pénale. Par suite, la faute pénale d'imprudence constitutive des délits pourrait consister en une faute de précaution, à la condition de pouvoir relever, au moment de l'action, un risque, même hypothétique, reconnu par une large partie de la communauté scientifique.

22. Au-delà de cette analyse prospective, induite de la généralité des textes d'incrimination, il convient toutefois de noter que nos interlocuteurs chinois se sont montrés réservés quant à la possibilité d'une telle intégration du principe de précaution dans le cadre des délits généraux d'imprudence, lesquels auraient simplement vocation à régir les risques certains, sans que toutefois aucun argument, autre que de politique juridique, ne vienne soutenir cette analyse.

2) L'intégration du principe de précaution au sein des délits spéciaux d'imprudence

23. En droit pénal chinois, il n'existe pas d'infractions formelles réprimant de manière générale la mise en danger, applicables à tout type de risque, comme il peut en exister en droit français (CP, art. 223-1). Seules certaines textes spéciaux incriminent certains risques particuliers, que ce soit dans le domaine de la santé publique ou du droit de l'environnement. Ces délits spéciaux

[2197] En ce sens, G. J. Martin, « Précaution et évolution du droit », D. 1995, Chr. 299 ; Ch ; Radé, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?, Rev. Jur. Envir., 2000, n° spécial, 75.
[2198] Ph. Kourilsky, G. Viney, Rapport précité, p. 168.

de mise en danger (« *crimes of endangering* ») offrent ainsi une protection catégorielle à certains objets déterminés.

24. Ainsi d'abord, le Code pénal chinois incrimine plusieurs comportements de mise en danger de la santé publique (« *crimes of endangering public health* »)[2199].

Par exemple, l'article 330 du Code pénal incrimine celui qui, par la violation des prévisions de la loi relative à la prévention et au traitement des maladies contagieuses, aura causé la propagation d'une maladie contagieuse ou un risque grave de propagation d'une telle maladie[2200]. De même, l'article 334 du Code pénal incrimine le fait de collecter, produire ou fournir illégalement du sang lorsque ces faits sont de nature à mettre en danger la santé humaine[2201].

25. Ensuite, le Code pénal chinois incrimine plusieurs comportements de mise en danger dans le domaine de l'environnement (« *crimes of undermining protection of environment* »)[2202].

Certes, lorsque les incriminations s'attachent à protéger de manière spécifique les biens environnementaux, elles exigent pour leur constitution qu'un dommage environnemental se soit effectivement réalisé de sorte que les infractions considérées apparaissent alors, non comme des infractions formelles sanctionnant un simple risque potentiel, mais comme des infractions matérielles exigeant u préjudice avéré[2203] (ex : comportements ayant causé des accidents de pollution majeurs ou des dommages sérieux aux propriétés publique ou privée : « *causing major environment pollution accidents, heavy losses to public and private property* »)[2204]. Toutefois, certains textes incriminent par

---

[2199] C. pén., section 5, art. 330 et s.

[2200] « Whoever violates the provisions of the Law on Prevention and Cure of Contagious Diseases and has one of the following cases, causing the spread of A-category contagious diseases or causing a serious danger of the spread of contagious diseases is to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention; when the consequences are particularly serious, the sentence is to be not less than three years and not more than seven years of fixed-term imprisonment ».
Adde, C. pén., art. 331 et 332.

[2201] Whoever illegally collects and supplies or produces and supplies blood products that do not meet state-stipulated standards, and enough to endanger human health, shall be sentenced to not more than five years of fixed-term imprisonment or criminal detentionand a fine.
Adde, C. pén., art. 333.

[2202] C. pén., section 6, art. 338 et s.

[2203] Le même raisonnement que celui mené à propos des délits généraux d'imprudence peut alors être mené (v. *supra* IIA1)

[2204] V. par exemple, C. pén., art. 338 : « Whoever releases, dumps, or disposes of radioactive wastes, wastes containing pathogen of contagious diseases, and toxic materials or other dangerous wastes into land, water, and the atmosphere in violation of state stipulations, causing major environment pollution accidents, heavy losses to public and private property, or grave consequences of personal deaths and injuries shall be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention, and may in addition or exclusively be sentenced to a fine; and in exceptionally serious consequences, not less than three years and not more than seven years of fixed-term imprisonment, and a fine » (c'est nous qui soulignons).
Adde, dans le même sens, C. pén., art. 340 (ressources aquatiques) ; art. 341 (animaux sauvages en voie de disparition) ; art. 343 (ressources minérales) ; art. 344 (ressources forestières).

ailleurs le fait de causer de graves dommages environnementaux ou de mettre gravement en danger la santé humaine (« *Those whose acts cause serious environmental pollution (...)* or seriously *endanger people's health* »)[2205]. En d'autres termes, quoique que matérielles au regard de l'atteinte à l'environnement, laquelle suppose d'avoir été effectivement réalisée, les infractions sont formelles au regard de la santé humaine, dès lors qu'elles se contentent d'une simple potentialité d'atteinte à la santé humaine.

26. Or, en sanctionnant de la sorte tant le dommage effectif que le dommage simplement potentiel et dès lors que le texte ne distingue pas selon la nature du risque incriminé, certain ou simplement hypothétique, les textes semblent pouvoir constituer un réceptacle adapté à la sanction de la faute de précaution, le terme de « danger » permettant d'englober aussi bien le risque avéré que le risque simplement potentiel ou hypothétique.

27. Le choix d'une telle protection catégorielle souffre toutefois certains inconvénients, en ce qu'elle pourrait paraître trop spéciale. Par exemple, dans le domaine du droit de l'environnement, le droit pénal chinois accorde, au coup par coup, sa protection à tel ou tel bien environnemental déterminé (ressources aquatiques[2206] ; animaux sauvages en voie de disparition[2207] ; ressources minérales[2208] ; ressources forestières[2209], *etc.*) en visant en outre des risques déterminés réalisés selon des moyens précis (émission ou décharge de déchets radioactifs[2210] ; traitement illégal de déchets solides[2211], *etc.*), de sorte que la protection pénale pourrait apparaître trop parcellaire et par suite lacunaire. Il en est de même dans le domaine de la protection de la santé publique, par exemple lorsque les textes d'incrimination sanctionnent des risques pour la santé humaine liés à l'utilisation de produits sanguins[2212].

28. Toutefois, une telle protection catégorielle présente d'importants avantages au regard de la prise en considération du principe de précaution, dont le droit français pourrait peut-être s'inspirer. En effet, plutôt que de sanctionner tout type de risque, quel qu'en soit la nature, peut-être serait-il préférable, afin de poser des bornes raisonnables à la répression pénale du principe de

[2205] V. par exemple, C. pén., art. 339 : « Those whose acts cause serious environmental pollution and major damages to public or private properties or seriously endanger people's health are to be punished by sentence of not less than five years and not more than 10 years of fixed-term imprisonment, and in addition be sentenced to a fine. Those whose acts have especially serious consequences are to be sentenced to more than 10 years of fixed-term imprisonment, and in addition be sentenced to a fine » (c'est nous qui soulignons).
[2206] C. pén., art. 340
[2207] C. pén., art. 341
[2208] C. pén., art. 343
[2209] C. pén., art. 344
[2210] C. pén., art. 338.
[2211] C. pén., art. 339.
[2212] CP, art. 333 ; 334.

précaution, de prévoir des infractions spécifiques de mise en danger s'appliquant à certains risques spécialement définis et identifiés. Une telle technique législative permet en effet non seulement d'identifier à l'avance les risques incriminés, propres à chaque domaine, mais encore de les quantifier en fonction de la nature spécifique du risque envisagé.

29. Ainsi d'abord, cette technique législative permet de limiter le domaine de la répression aux seuls risques graves. Par exemple, dans le domaine de la santé publique, l'article 330 du Code pénal incrimine le fait de causer un risque grave de propagation d'une maladie contagieuse (« *causing a serious danger of the spread of contagious diseases* »[2213]). De même, dans le domaine de l'environnement, seuls sont pris en considération les dommages ou les risques de dommages graves ou majeurs (« *major environment pollution accidents », « heavy losses to public and private property* »[2214] ; « *serious environmental pollution and major damages to public or private properties* »[2215] ; « *serious damages to mineral resources* »[2216]).

30. Ensuite, une telle technique législative permet de cerner au plus près les comportements illicites constitutifs de ces délits spéciaux en retenant dans les liens de la prévention des comportements plus précis et plus circonstanciés au regard de la nature spécifique du risque envisagé. Ainsi par exemple, dans le domaine des atteintes à la santé publique, se trouvent précisément identifiés non seulement les objets susceptibles de porter atteinte à la santé humaine sur lesquels agissent les agents (eau potable, produits polluants, *etc.*[2217]) mais encore les personnes susceptibles de se rendre coupables des infractions (personnes chargées de tester ou de stocker des produits dangereux[2218], personnel médical ayant manqué à leurs obligations[2219] *etc.*) ainsi que les comportements incriminés susceptibles de créer un risque pour la santé humaine (refuser d'appliquer des mesures de prévention et de contrôle, *etc.*[2220]). Se trouve ainsi expressément consacrée l'incrimination de la « faute de procédure » consistant pour un agent économique à ne pas s'être soumis aux procédures, notamment d'évaluation des risques, et aux autorisations préalables à l'exercice d'une activité ou à la commercialisation d'un produit déterminé.

[2213] Adde, CP, art. 339 (« seriously endanger people's health »).
[2214] CP, art. 338.
[2215] CP, art. 339.
[2216] CP, art. 343.
[2217] CP, art. 330 : « drinking water » (1°), « sewage, pollutants, and excrement and urine contaminated by pathogens of contagious diseases » (2°).
[2218] CP, art. 331 : « Personnel engaged in the testing, storage, carriage, and transporting of contagious diseases' bacterial spawns and viruses ».
[2219] CP, art. 335 : « medical personnel who fail seriously to carry out their responsibility ».
[2220] CP, art. 330 : « refusing to give sterilization treatment to sewage, pollutants, and excrement and urine contaminated », « refusing to implement the prevention and control measures set by the sanitation and epidemic control organs in accordance with the Law on Prevention and Cure of Contagious Diseases ».

31. Or, une telle précision – quant à la gravité du risque incriminé, quant aux auteurs potentiels des délits et quant aux comportements incriminés – est de nature à éviter les critiques, fondées sur le principe de légalité criminelle, généralement émises à l'encontre de la réception du principe de précaution en droit pénal selon lesquelles la responsabilité pénale ne saurait être engagée que sur le fondement d'un texte précis et donc sur le fondement d'incriminations spéciales[2221].

B. Responsabilité et principe de précaution

32. En droit pénal chinois, les mécanismes de responsabilité – spécialement les peines – semblent peu adaptés à l'anticipation inhérente au principe de précaution, dès lors que les peines légalement prévues sont essentiellement tournées vers la répression bien plus que vers la prévention. Le droit chinois connaît en effet seulement des sanctions rétributives, tournées vers la sanction d'un acte passé ; il ne comporte pas, en outre, de sanctions préventives, tournées vers l'avenir (fermeture d'établissement, restauration du milieu aquatique, *etc.*) qui pourraient s'appliquer en cas de violation du principe de précaution, avant même la survenance d'un dommage, notamment en cas de mise en danger.

33. Ainsi, le droit pénal chinois ne connaît, à titre de peines principales[2222], que la peine de mort, les peines privatives de liberté ainsi que diverses mesures de contrôle et, à titre de peines complémentaires[2223], l'amende, la perte des droits politiques et la confiscation de la propriété. Or, parmi ces différentes sanctions, seules celle de confiscation[2224], obligatoire ou facultative, pourrait se révéler adaptée à la logique d'anticipation inhérente au principe de précaution, lorsque la confiscation porte sur l'objet ou le moyen de l'infraction, afin d'éviter sa réitération.

34. Par ailleurs, si le droit pénal chinois prévoit le principe de la responsabilité des personnes morales[2225], celles-ci peuvent seulement subir une peine d'amende[2226], non une peine de dissolution. Or, à la différence de la dissolution de la personne morale, la peine d'amende, destinée à sanctionner une action passée, n'est pas tournée vers la prévention de comportements futurs, sinon par la vague fonction de dissuasion individuelle, commune à toutes les peines.

[2221] V. *supra* IIA.
[2222] C. pén., art. 33.
[2223] C. pén., art. 34.
[2224] C. pén., section 8, art. 59 et 60.
[2225] C. pén., section 4, art.30 : « A company, enterprise, institution, organization, or group which commits an act endangering society that is considered a crime under the law shall bear criminal responsibility ».
[2226] C. pén., art. 31 : « A unit responsible for a criminal act shall be fined ».

Liste des interlocuteurs

- CAI Shouqiu, Professor, Research Institute of Environmental Law (RIEL), Wuhan University (Wuhan)

- CHEN Qingan, Associate Professor, Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences (Shanghai)

- DU Qun, Professor, Research Institute of Environmental Law (RIEL), Wuhan University (Wuhan)

- DUAN Zhanchao, Professor, Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences (Shanghai)

- GAO Lihong, Professor, Environmental and Resources Law Institute, Zhongnan University of Law and Economics (Wuhan)

- HOU Jiaru, Professor, China University of Political Science and Law (Pékin)

- LU Bingqing, Research Assistant, Research Institute of Environmental Law (RIEL), Wuhan University (Wuhan)

- MENG Xiangpei, Associate Professor, Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences (Shanghai)

- SUN David, Research Assistant, Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences (Shanghai)

- WEN Lizhao, Research Assistant, Research Institute of Environmental Law (RIEL), Wuhan University (Wuhan)

- YANG Sujuan, Professor, China University of Political Science and Law (Pékin)

- YOU Mingqing, Associate Professor, Environmental and Resources Law Institute, Zhongnan University of Law and Economics (Wuhan)

- ZHU Yan, Professor, Institute of Comparative Research of Chinese and European Private Law, Renmin Law School (Pékin)

2. JAPON

LE RISQUE « ANTENNE-RELAIS », REGARDS PRATIQUES DE DROIT COMPARÉ - RAPPORT JAPONAIS -

Taro Nakahara
Professeur à l'Université de Tohoku

1. À la question de savoir si les riverains d'une antenne-relais de téléphonie mobile peuvent demander au juge la cessation du trouble (le démantèlement de l'antenne, par exemple) et des dommages-intérêts pour préjudice d'angoisse, le droit japonais actuel répondra « non », comme nous le verrons plus tard dans notre présentation en observant certains jugements de fond qui témoignent que l'incertitude scientifique fait un grand obstacle à la responsabilité civile. Mais est-ce que cela signifie que le droit japonais est en général indifférent à l'incertitude scientifique et à l'idée de précaution ? N'y a-t-il pas des indices pour le changement d'avenir ? Nous allons donc envisager un peu plus globalement l'attitude du droit japonais de la responsabilité civile envers l'incertitude scientifique voire le principe de précaution ou l'idée générale de précaution. Comme en France, en droit japonais, la relation entre le principe de précaution et la responsabilité civile est de plus en plus établie, bien qu'elle soit formulée différemment. Pour le démontrer, il convient d'examiner la valeur juridique de l'idée de précaution au Japon dans notre première partie (I) avant d'envisager les solutions en droit positif, non seulement les mesures préventives mais aussi les sanctions réparatrices, dans notre seconde partie (II).

I. La valeur juridique de l'idée de précaution

2. Si l'idée de précaution possède une certaine valeur en droit japonais de la responsabilité civile (c'est ce que nous regarderons dans notre grand **B**), en revanche, le principe « général » de précaution n'est toujours pas officialisé (comme nous le verrons dans notre grand **A**).

A. La situation générale concernant le principe de précaution

3. Commençons par la situation générale concernant le principe de précaution, selon lequel la nécessité de prévenir des dommages graves et irréversibles menaçant l'humanité devrait conduire à imposer des mesures préventives avant tout dommage même en absence de certitude scientifique absolue. Malheureusement, notre pays a éprouvé de nombreuses mauvaises expériences,

qui pourraient contribuer à officialiser ce principe, pour contrecarrer le développement des techniques scientifiques et la croissance économique.

C'est avant tout la pollution qui nous a inquiété. Les riverains des régions industrielles ont été fréquemment menacés par la pollution de l'air et des eaux surtout dans les années 1960 et 1970. La dangerosité des substances chimiques n'était pas toujours évidente, même si elles étaient soupçonnées d'avoir causé la pollution, ce qui suscitait une véritable question concernant le traitement des risques scientifiquement incertains.

Nous avons plus récemment constaté, tout comme en France, les dégâts sanitaires probablement causés par les médicaments importés ou fabriqués et prescrits au Japon. A la suite des affaires de la thalidomide engendrant des enfants difformes et du myélo-optico-neuropathie subaiguë (SMON) causé par un remède intestinal, les japonais furent également victimes du sang contaminé : la prescription des produits sanguins contaminés a tourmenté un grand nombre de patients de l'hémophile par l'infection du virus de sida et de l'hépatite C dans les années 1980 et 1990.

La dernière tragédie extrêmement choquante même au niveau international est bien évidemment l'accident nucléaire de Fukushima, qui a contraint les riverains de quitter leurs villes et a considérablement mis à mal les activités économiques dans cette région. Le risque abstrait de la radioactivité étant bien connu, ses effets concrets et conséquences préjudiciables sont extrêmement difficiles à mesurer, comme l'a malheureusement démontré cet accident majeur. En ce sens, le risque nucléaire n'est pas étranger au principe de précaution mais plutôt son avatar.

4. Est-ce à dire que ce principe soit consacré au Japon en raison de ces dures expériences ?

Certes, on peut trouver des fragments de ce principe dans notre droit positif surtout en matière environnementale. En premier lieu, nous avons ratifié plusieurs traités et protocoles manifestant l'idée de précaution, tels que la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (1985) et le protocole de Montréal (1987) ainsi que la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (1985) et le protocole de Kyoto (1997) et créé des lois pour assurer leurs mises en œuvre. En second lieu, on peut trouver des lois spécifiques préconisant les mesures de précaution en plusieurs matières : le contrôle des produits chimiques, des organismes génétiquement modifiés, des espèces envahissantes et des insecticides agricoles ainsi que l'étude d'impacts environnementaux.

Néanmoins, force est de constater que ces épisodes n'ont pas suffit à officialiser le principe de précaution comme généralement admis dans notre droit. Emblématiques sont les domaines de la pollution et des médicaments, principales préoccupations dans notre histoire, pour lesquelles le législateur est quasiment muet s'agissant de ce principe. Même si on insiste sur les matières environnementales, la Loi de base sur l'environnement votée en 1993, loi programmatique qui exprime les idées et les directives générales étatiques en matière environnementale, se borne à exiger dans son article 4 de manière ambiguë la nécessité de protéger l'environnement « en enrichissant notre

connaissance scientifique ». La doctrine environnementaliste est également prudente quant à sa généralisation et doute de sa valeur juridique, surtout en raison des craintes que suscite le principe sur le plan pratique.

B. La valeur et la portée de l'idée de précaution en droit de la responsabilité civile

5. Est-ce à dire que l'idée de précaution soit également méconnue en droit de la responsabilité civile japonais? Rien n'est moins sûr, car la méfiance à l'égard de sa généralisation en matière publique n'interdit pas forcément de faire valoir cette idée en matière civile et on peut constater effectivement certaines manifestations de l'idée de précaution dans la jurisprudence. Cependant, il faut être prudent : ce qui compte est de mesurer sa portée possible à la lumière de l'essentiel de notre droit de la responsabilité civile. Faisons ici deux remarques générales avant d'envisager la manifestation et la limite de l'idée de précaution dans notre seconde partie.

6. La première remarque porte sur les fonctions de la responsabilité civile. Selon la doctrine classique japonaise, la principale fonction de cette dernière réside dans l'indemnisation. Les autres fonctions telles que la prévention et la punition ne sont que secondaires. Cependant, on trouve plus récemment des tentatives doctrinales d'ériger ces « autres » fonctions en fonctions principales. Même si nous sommes encore particulièrement réticents aux dommages-intérêts punitifs, pure expression de la fonction punitive, la doctrine est de plus en plus persuadée que la responsabilité civile a plutôt vocation à prévenir le dommage, non seulement du fait qu'elle n'est pas nécessairement une bonne solution pour l'indemnisation des victimes par rapport aux autres systèmes tels que les fonds d'indemnisation et la solidarité nationale, mais aussi à l'aide de l'analyse économique du droit qui trouve la vertu de la responsabilité civile dans son rôle de fixer les motivations pour réaliser des résultats économiquement optimaux. Mais cela ne signifie pas que l'idée de précaution sera automatiquement accueillie au Japon, car elle vise à prévenir le risque incertain du dommage au-delà du risque avéré dont on tient classiquement en compte lors de la discussion sur la fonction préventive. Il nous semble que l'idée de précaution, encore mal formalisée au Japon, puisse être exigée et justifiée seulement en raison de la réalité sociale, notamment au regard des conséquences tragiques de la pollution, ce qui nous amène à analyser plus précisément ses figures concrètes. En effet, l'idée de précaution apparaît de manière différente selon les sanctions de la responsabilité civile à savoir la réparation pécuniaire du dommage et la cessation de l'acte dommageable. S'agissant d'abord de la première sanction, sanction *a posteriori*, notre préoccupation consiste à rétablir des victimes souvent malheureusement laissées sans indemnisation ou insuffisamment indemnisées par le biais des autres régimes que la responsabilité civile. Se trouvent ici néanmoins une difficulté relative à sa mise en œuvre, à savoir le fait que lors du fait dommageable, il n'était pas certain qu'un dommage puisse se réaliser : il s'agissait d'un risque

incertain. Dans ce contexte, l'idée de précaution est invoquée pour assouplir l'appréciation des conditions de la responsabilité civile, surtout celles de la faute et du lien de causalité. Quant à la seconde sanction, sanction *a priori* en revanche, l'idée de précaution pourrait servir à prévenir directement le dommage qui ne s'est pas encore manifesté mais pourrait être subi dans le futur. Cependant, cette idée est audacieuse car le risque du dommage n'est actuellement qu'incertain, ce qui soulève des questions par rapport à la théorie existante de la responsabilité civile ou plus spécifiquement de la cessation de l'acte dommageable.

A ce titre, il apparaît réducteur de considérer la précaution comme une fonction autonome de la responsabilité civile : elle est en réalité un élément modificateur ou accélérateur possible de la fonction indemnitaire (dans le contexte de la réparation pécuniaire) et de la fonction préventive (dans le contexte de la cessation de l'acte dommageable).

7. La seconde remarque générale concerne les valeurs que satisfait ou sacrifie l'idée de précaution, y compris la nécessaire conciliation affectant plus ou moins le régime de la responsabilité et la résolution de chaque litige. La valeur satisfaite se trouve bien évidemment dans la protection des intérêts fondamentaux dans notre vie, surtout les intérêts sanitaires et, dans une moindre mesure au Japon, environnementaux. Mais il faut encore prêter attention au fait que la manière de protéger ces intérêts diffère selon la nature des sanctions : la réparation pécuniaire ne vise qu'à replacer économiquement la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, tandis que la cessation de l'acte dommageable a pour but de protéger les intérêts contre une atteinte effective. En revanche, la valeur sacrifiée par l'idée de précaution réside dans la libre activité ou la liberté d'agir théoriquement assurée à tous, y compris l'auteur de l'acte dommageable. Ce constat est important d'autant que l'idée de précaution condamne des activités dont le risque du dommage n'est qu'incertain. La variété des sanctions est ici aussi primordiale : la réparation pécuniaire n'impose que la charge monétaire, tandis que la cessation de l'acte dommageable interdit directement l'activité concernée. Ce qui est ici essentiel, c'est que ces deux valeurs peuvent être non seulement d'ordre particulier mais aussi d'ordre collectif, car l'idée de précaution est très souvent invoquée en matière de dommage de masse. Un jugement qui condamne telle ou telle activité revêtue d'un risque incertain peut non seulement ouvrir la voie de protection des autres victimes, y compris celles éventuelles, ce qui servirait à assurer la sécurité pour tous, mais aussi décourager les activités semblables qui touchent le public, ce qui pourrait menacer leur utilité sociale. Ce propos est d'autant plus important pour la cessation de l'acte dommageable puisque l'idée de précaution peut conduire de manière prospective à s'abstenir de telle ou telle activité.

II. Les manifestations et les limites de l'idée de précaution en droit positif

8. En avançant dans l'étude des manifestations de l'idée de précaution en droit positif japonais de la responsabilité civile, nous pouvons constater une certaine influence, bien qu'il existe des limites peu aisées à formuler. Conformément à notre analyse précédent qui démontre les différences entre les sanctions, nous envisagerons successivement les points saillants de chaque sanction : réparation pécuniaire comme sanction *a posteriori* (A) et cessation de l'acte dommageable comme sanction *a priori* (B). Deux remarques introductives sur le régime général de la responsabilité civile au Japon avant d'entrer dans le sujet. D'une part, il n'existe pas en droit japonais de théorie spéciale, équivalente à la théorie française du trouble de voisinage : c'est seulement la théorie générale de la responsabilité civile qui compte ici. D'autre part, s'agissant de la réparation *a posteriori* du dommage, le principe consiste en réparation pécuniaire : la réparation en nature (mesures de remise en état) est admise seulement dans la mesure où la loi confère au demandeur le droit à la réparation en nature.

A. La sanction *a posteriori* : La réparation pécuniaire

9. S'agissant de la réparation pécuniaire, sanction *a posteriori*, constatons d'abord que la structure générale du droit japonais de la responsabilité civile est *grosso modo* identique au droit français. L'article 709 du Code civil japonais, disposition-phare de la responsabilité délictuelle, dispose en effet : « Quiconque a, volontairement ou par faute, porté atteinte au droit ou à l'intérêt juridiquement protégé d'autrui est tenu de réparer le préjudice qui en résulte. » On s'aperçoit avant tout que cette disposition exige la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice pour justifier la responsabilité de même que le célèbre article 1382 du Code civil français. La seule mais grande différence avec son homologue français consiste dans l'exigence d'une « atteinte au droit ou à l'intérêt juridiquement protégé » mais on peut la négliger s'agissant de l'atteinte aux intérêts physiques et sanitaires, dont le caractère réparable est indiscutable. Par contre, notre système se montre assez réticent (même froid) par rapport aux intérêts environnementaux : la notion du préjudice écologique pur ni du préjudice collectif en général n'est pas officialisée ; une répercussion sur la personne étant toujours nécessaire, même s'il n'est pas inconcevable de contourner pratiquement cet obstacle par l'élaboration d'un dommage personnel lié à l'environnement, mais dans ce cas-là, il faut que cet intérêt lié à l'environnement soit digne de protection juridique.

10. Ce qui nous intéresse ici c'est la situation dans laquelle la victime a subi un dommage sanitaire causé par une activité dont le risque du dommage était scientifiquement incertain lors de l'acte dommageable. Sa demande de réparation pécuniaire du dommage sanitaire se heurte en principe à la difficulté de prouver la faute et le lien de causalité à cause de l'incertitude scientifique

du risque. Mais sur ce point, les juges japonais de fond se montrent parfois assez tolérants aux victimes, notamment en matière de pollution.

Commençons par la faute. Sa définition traditionnelle consistait dans un manquement à l'obligation d'éviter le dommage en dépit de la prévisibilité de celui-ci, ce qui conformait à l'idée classique de devoir de ne pas nuire à autrui. Or, les juges apprécient deux éléments, à savoir la prévisibilité du dommage et l'obligation de l'éviter, d'une manière très souple en raison de la nécessité d'indemniser les victimes de la pollution de l'air et des eaux. En effet, ils n'exigent plus la preuve de la prévisibilité concrète du dommage et imposent désormais aux exploitants des activités hautement techniques l'obligation de prévoir un risque du dommage, qui consiste notamment en l'obligation de faire des études sur les mauvaises conséquences possibles de leurs activités. Prenons à titre d'exemple le fameux arrêt rendu en 1972 : en l'espèce, les usines qui formaient un complexe pétrolier ont rejeté le dioxyde de souffre et les riverains ont subi les dégâts sanitaires tels que l'asthme ; le tribunal a jugé les exploitants fautifs au motif qu'ils avaient omis de faire préalablement des études sur les propriétés chimiques du gaz, la position géographique des zones de résidence et les conditions climatiques pour ne pas endommager la santé des riverains. Cette obligation de prévoir un risque du dommage possède des conséquences d'autant plus graves que les juges exigent que les entreprises prennent des mesures les plus efficaces pour éviter le dommage : un arrêt rendu en 1973 sur l'affaire de la pollution causée par l'évacuation de l'eaux contenant l'organomercuriel dans une rivière dans la région sud-ouest du Japon a jugé que l'exploitant de l'usine évacuant l'eaux polluée aurait dû penser à faire cesser immédiatement son opération compte tenu de la dangerosité possible de cette substance chimique. Il était donc fautif et responsable des dégâts sanitaires subis par les riverains tel que le dysfonctionnement oral et auditif. Ces arrêts sont fondés sur le fait que le risque sanitaire des substances chimiques en cause était scientifiquement évident, postulat pas si évident compte tenu de la connaissance scientifique à cet époque-là. Cependant, plus récemment, les juges japonais se sont montrés de moins en moins hésitants à appliquer le même raisonnement aux activités comprenant des risques évidemment incertains, ce qui nous rappelle l'obligation de vigilance récemment soulignée par la jurisprudence française sur les affaires de Distilbène. Il s'agit chez nous des affaires sur la polysensibilité aux substances chimiques : il est aujourd'hui soupçonné qu'une exposition chronique à certains substances chimiques pendant une long période cause certains symptômes, même si le mécanisme de leur apparition ni la relation avec les substances ne sont pas encore complétement établis au niveau scientifique. Mais les juges du fond sont le plus souvent assez tolérants aux victimes. A titre d'exemple, selon un jugement rendu en 2006, un distributeur des radiateurs électriques, dont un utilisateur avait été victime de symptômes résidant dans l'engourdissement des membres, les yeux rouges et des difficultés respiratoires, a été jugé fautif en ce qu'il n'a pas suffisamment consulté des données accessibles telles que les réclamations des clients qui évoquaient les soupçons quant à la dangerosité éventuelle de ses produits et qu'il avait ainsi manqué de prudence

en ne prenant pas des mesures pertinentes telles qu'une cessation temporaire de la distribution des produits pour vérifier leur sécurité.

11. Qu'en est-il alors du lien de causalité, dont l'appréciation est souvent mise en cause en cas de risque soupçonné ? La jurisprudence japonaise commence par poser un principe selon lequel la causalité juridique est distincte de la causalité scientifique : selon la Cour suprême, la preuve du lien de causalité juridique « n'est pas une preuve relative aux sciences naturelles qui n'excuse pas le moindre doute mais une preuve d'une haute probabilité concernant l'existence du lien entre un certain fait et un résultat spécifique au regard d'un examen global de toutes les preuves ». Mais cela ne signifie pas que l'incertitude scientifique ne fait pas obstacle à l'existence de la causalité juridique, bien au contraire, car cette formule jurisprudentielle exige encore une « haute probabilité » dont la preuve est généralement découragée face à l'incertitude scientifique. D'où les techniques pour atténuer le fardeau de la preuve des demandeurs. L'une consiste en l'admission partielle du lien de causalité selon la probabilité que l'acte dommageable a engendré le dommage et l'octroi des dommages-intérêts partiels. Mais cette approche purement probabiliste n'est pas soutenue par la plupart de la jurisprudence et de la doctrine. L'une autre technique, couramment utilisée, consiste en la présomption du fait de l'homme, dont l'utilisation est beaucoup discutée également en France sur les affaires de l'hépatite B : au Japon, une décision rendue en 2002, par exemple, a opéré une présomption du lien de causalité entre l'émission des substances chimiques par un site relai des déchets ininflammables et les dégâts sanitaires des riverains sous prétexte de la répartition géographique des troubles sanitaires ainsi que la proximité temporelle entre les périodes de leur apparition et de l'opération du site. Une autre technique encore plus audacieuse consiste à remplacer la preuve du lien de causalité juridique par la preuve épidémiologique, même si sa pertinence s'avère controversée : bien que ni la cause ni le mécanisme d'une maladie ne soient pas encore médicalement établis, on peut déclarer l'existence d'un lien de causalité entre la substance chimique et la maladie lorsqu'il y a une différence significative entre les fréquences de la maladie au sein d'un groupe des personnes exposées à telle substance et non y exposées.

12. Cependant, ces tendances ne doivent pas être illimitées en raisons théoriques et pratiques.

Sur le plan théorique, même si l'idée de précaution mérite d'être prise en considération pour la meilleure indemnisation des victimes, elle ne peut pas transformer ou déformer complètement le système entier de la responsabilité civile. On peut relever d'une part que l'appréciation souple de la faute et du lien de causalité ne va pas jusqu'à faire disparaître ces deux conditions essentielles de la responsabilité civile. Ni l'obligation de prévoir un risque ni celle de prendre des mesures les plus efficaces possibles soulignées en matière de faute n'ont théoriquement vocation à réaliser la responsabilité sans faute. Dans le même ordre d'idée, on ne doit pas admettre la responsabilité sans

causalité sans perdre de vue l'exigence du lien de causalité. Dans la mesure où il existe un cadre de responsabilité de droit commun, ce qui compte est de fixer le seuil de ces conditions, même si notre droit n'a pas encore réussi à trouver une solution claire. On peut douter d'autre part que l'indemnisation des victimes soit la seule valeur à considérer en responsabilité civile. A cet égard, le dernier arrêt rendu par la Cour suprême en 2013 est éloquent : en l'espèce, l'anticancéreux appelé « *Iressa* » avait été autorisé par le ministre de la Santé en juillet 2002 comme un remède contre le cancer du poumon mais s'est révélée l'existence de son effet secondaire grave qui est la pneumonie interstitielle aiguë au plus tard à la fin de l'année 2002 ; un document d'avertissement a été annexé depuis lors à ce médicament par son importateur ; la haute juridiction a débouté les demandes de réparation contre l'importateur formées par les victimes qui ont pris ce médicament malheureusement avant la notification de l'effet secondaire et souffert de la pneumonie ; selon la Cour suprême, ce médicament était dépourvu de défaut d'avertissement en ce sens que l'effet secondaire n'était pas prévisible lorsque ce médicament avait été prescrit aux victimes. Derrière cet arrêt refusant d'apprécier souplement la prévisibilité du dommage, on peut s'apercevoir du fait que, parce que les médicaments détenaient inévitablement certains effets secondaires, il convient de ne pas bloquer drastiquement l'utilité sociale de leur distribution en focalisant excessivement sur la prévention de tous les dommages. Sur le plan pratique, la responsabilité civile revêtue de l'idée de précaution n'est pas forcément le meilleur moyen en matière d'indemnisation des victimes. L'idéal serait de fournir un système d'indemnisation collective tel que les fonds d'indemnisation : il vaut mieux donc passer à tel système dès que l'incertitude disparaît ou diminue suffisamment grâce au développement de la connaissance scientifique. Nous avons en effet continué à étendre les fonds d'indemnisation des victimes de la pollution et des effets secondaires des médicaments. On pourrait ajouter même le fonds d'indemnisation de l'accident nucléaire introduit en 2011 après Fukushima pour régler (un peu trop tardivement) les conséquences négatives de la technologie nucléaire. Sous cet aspect, il ne faut pas oublier que la responsabilité civile revêtue de l'idée de précaution est un moyen transitoire. Mais son rôle n'est tout de même pas négligeable, car elle sert toujours à nous sensibiliser à l'existence de nouveaux risques et à la nécessité d'indemniser les victimes.

B. La sanction *a priori* : La cessation de l'acte dommageable

Passons enfin à la cessation de l'acte dommageable dans le cadre de laquelle nous allons finalement traiter des affaires des antennes relais. Contrairement à la conception classique en France, la cessation de l'acte dommageable est conçue comme une action distincte de l'action en réparation au Japon, car il s'agit de la sanction *a priori* qui ne doit pas être confondue avec la réparation pécuniaire ni avec la réparation en nature proprement dite. Et même si la nature et donc le régime de la cessation de l'acte dommageable sont encore très discutés en raison d'inexistence d'un texte de loi, on peut dégager de la jurisprudence deux éléments ou plutôt deux conditions. La première se place du point

de vue de la victime : une menace au droit subjectif, qui est exigée du fait que la cessation de l'acte dommageable est une mesure permettant de protéger un droit subjectif contre une atteinte actuelle ou future. La seconde condition consiste en l'illicéité de l'atteinte, condition requise de la part de l'auteur du dommage, qui tient globalement compte de la nature de l'acte dommageable telle que sa dangerosité réelle et son but poursuivi. Au contraire, la faute n'est pas *a priori* nécessaire, car l'action en cessation se distingue de l'action en responsabilité civile (c'est-à-dire l'action en réparation) fondée sur l'article 709 du Code civil. Pour être plus précis, la jurisprudence japonaise aime la règle plus vague, dit la théorie de « seuil de patience », selon laquelle toutes les circonstances sur le cas concerné seront prises en compte pour juger si la victime doit supporter telle ou telle atteinte. Mais à notre avis, les points essentiels se réduisent en deux conditions précitées au moins dans le cadre des contentieux qui nous intéressent. Cela étant dit, l'incertitude scientifique du risque qui nous intéresse est de nature à empêcher de remplir la première condition : Menace au droit subjectif. Même si le risque concerné porte sur la santé humaine, droit subjectif qui mérite évidemment d'être protégé, cette menace n'est encore qu'éventuelle, ce qui ne justifie pas à imposer à autrui de renoncer à son activité. Emblématiques à cet égard sont les affaires sur l'antenne-relais de téléphonie mobile, vivement discutées en France et dans d'autres pays et, bien sûr, l'objet principal de notre journée d'étude.

13. Au Japon aussi, le risque des ondes électromagnétiques attire de plus en plus notre attention et jusqu'à présent trois séries de contentieux sur les antennes relais de téléphonie mobile ont été portées devant les juges civils : les affaires Kumamoto, Kurume et Nobeoka et j'ai numéroté les jugements dans la diapositive comme N°1 à 6. Il s'agit tous des demandes de démantèlement des antennes sous prétexte d'une atteinte au droit de la personnalité (c'est-à-dire à la santé humaine), mais ce qui pourrait nous décourager, la jurisprudence japonaise n'ont jamais fait droit à telles demandes. Le raisonnement est simple : dans l'état actuel des sciences, il n'y a pas suffisamment de preuve de la nocivité sanitaire des ondes émises par l'antenne-relais de sorte qu'il manque du risque concret, menace certaine à la santé humaine. On peut exprimer ce raisonnement en d'autres termes : manque de preuve d'une haute probabilité du lien de causalité (prospectif et rétrospectif) entre l'émission des ondes et les dégâts sanitaires (éventuels ou même présents).

14. Il est à souligner que ces jugements mentionnent le principe de précaution, invoqué par les demandeurs. Ils apprécient tous sa valeur abstraite mais expriment leurs craintes quant à sa mise en œuvre. En premier lieu, l'effet négatif de ce principe : si ce dernier permet la cessation de l'acte en raison de crainte ambiguë, cela entravera le développement des nouvelles technologies et même l'application des technologies existantes. En deuxième lieu, les études scientifiques montrent que le risque électromagnétique est très petit, même négligeable, de sorte qu'il n'est pas pertinent d'appliquer le principe de précaution aux affaires des antennes relais, même si le jugement le plus récent (N°6) se montre plus nuancé en statuant que le monde scientifique est en cours des études

approfondies du risque des ondes. Troisièmement et ce qui est pratiquement le plus important, les juges japonais hésitent à appliquer directement le principe de précaution car selon eux, la réception et la non-réception de ce dernier étant une affaire politique, il faudrait des textes formels pour admettre la cessation de l'acte dommageable, attitude vraiment passive et d 'ailleurs difficilement conciliable avec leur attitude dans le contexte de la réparation pécuniaire. Très intéressant est le fait que les juges japonais font parfois allusion à la situation du droit français (notamment le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre en 2008 et celui de la cour d'appel de Versailles en 2009) et finissent par observer qu'il ne s'agit que des jugements dans un pays étranger, dont le système juridique n'est pas forcément identique au notre.

Qu'en est-il alors des préjudices moraux, concurremment invoqués par les demandeurs ? En bref, cette demande est débouté pour le même raisonnement : la certitude de l'atteinte étant seulement soupçonnées, ces prétendus préjudices d'angoisse manque de base légitime ; ils sont purement d'ordre subjectif, simples griefs qui ne sont pas dignes de protection juridique. Mais il est à noter que le jugement n°5 qui n'a pas statué sur la réparation des préjudices moraux a fait allusion à la réaction du stress ressentie par les victimes à cause de la crainte des effets négatifs sanitaires des ondes.

15. Est-ce que cela signifie que la demande de cessation de l'acte dommageable échoue toujours en cas d'incertitude scientifique ? Pas tout à fait, car les juges japonais se montrent parfois hésitants à demeurer dans sa position formaliste. Nous pouvons observer deux tendances dans la jurisprudence japonaise.

La première se trouve en palliatif d'une preuve de la certitude de l'atteinte, lien de causalité prospectif en d'autres termes. Le demandeur devant prouver en théorie une « haute probabilité » de l'atteinte, cette preuve est extrêmement difficile en double sens : il s'agit à la fois de l'incertitude scientifique et de la perspective de l'avenir, événement non encore réalisé. C'est d'ailleurs le défendeur qui détient des données sur son activité scientifique. C'est pourquoi les juges japonais obligent parfois le défendeur à présenter leurs éléments pour faciliter la preuve de la part du demandeur ou même exigent au défendeur de prouver l'inexistence de la « haute probabilité » de l'atteinte tout en se bornant à exiger au demandeur la preuve d'une probabilité suffisamment concrète de l'atteinte.

La deuxième mesure parfois prise par les juges de fond consiste en élaboration d'un nouveau droit subjectif, base de la demande de la cessation de l'acte dommageable, dit le « droit à la vie paisible ». Ainsi, un arrêt rendu en 1992 par le tribunal de première instance de *Sendai* a fait droit à la demande en cessation du service d'un site d'enfouissement des déchets industriels, bien que le risque des dégâts sanitaires des riverains à cause de l'évacuation des eaux sales n'était pas encore scientifiquement établi mais au contraire seulement soupçonné : selon le tribunal, il existe néanmoins une atteinte au

droit à la vie paisible en raison de la confiance nécessaire à l'égard de la propreté de l'eau potable qui se boit et s'utilise quotidiennement. On pourrait citer deux autres jugements qui ont statué dans le même ordre d'idée pour les cas semblables. Or, il est à noter que le recours à la notion du droit à la vie paisible sert à contourner subtilement l'obstacle à l'admission de la cessation de l'acte dommageable. L'incertitude scientifique est soi-même un élément bouleversant la vie paisible ; le droit à la vie paisible étant donc actuellement menacé, il s'agit effectivement d'une menace certaine au droit subjectif ; l'incertitude scientifique est ainsi internalisée dans la notion du droit subjectif. Rappelons que ce raisonnement est similaire à celui proposé par une partie des jugements du fond en France qui ont fait droit au démantèlement de l'antenne-relais, notamment un arrêt rendu en 2009 par la Cour d'appel de Versailles qui a souligné l'importance du « préjudice moral résultant de l'angoisse ».

16. Cependant, à l'instar de ce que nous avons envisagé en matière de réparation pécuniaire, l'idée de précaution n'est pas à l'abri de deux séries d'interrogations.

Sur le plan théorique, même si la possibilité de la cessation de l'acte dommageable n'est pas *a priori* exclue en cas d'incertitude scientifique, son régime reste encore à préciser. On peut relever d'une part l'ambiguïté de la notion du « droit à la vie paisible » malgré sa subtilité. Il doit y avoir un intérêt sérieux pour justifier la cessation de l'acte dommageable. Or quelle est la teneur de la « vie paisible » ? Quels sont les éléments qui la fondent? Et qu'en est-il de l'acte dommageable ? Quel est le degré du risque de menace effectif ? Face à ces questions extrêmement difficiles, la majorité de la jurisprudence et de la doctrine hésite encore à approuver ce nouveau droit. On peut, d'autre part, remarquer que l'aspect d'utilité sociale de l'acte dommageable est primordial, encore plus important qu'en matière de réparation pécuniaire ou même décisif en cas de cessation de l'acte dommageable. Illustre bien ce propos un arrêt rendu par la Cour suprême sur l'affaire d'une simple nuisance sonore à cause de la construction d'une route nationale principale dans la région, même s'il ne s'agit pas de l'incertitude scientifique : la haute juridiction a débouté la demande de cessation de la construction au motif que la construction concernée allait être surtout utile en matière de transports interrégionaux et favoriser les activités économiques et industrielles dans la région. Elle a alors exclusivement octroyé des dommages-intérêts aux demandeurs. Même si la conciliation entre la protection (éventuellement nécessaire) des intérêts sanitaires et l'utilité sociale est difficile à réaliser, on pourrait au moins dire qu'il faut tenir en compte de la possibilité d'une condamnation intermédiaire, c'est-à-dire condamnation à cesser temporairement l'activité concernée et obliger le défendeur à entre-temps faire des investigations suffisantes ou à prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité de son activité.

Sur le plan pratique, on peut se demander si l'action en cessation de l'acte dommageable revêtue de l'idée de précaution est vraiment le moyen légitime pour contrôler les activités technologiques, car il s'agirait plutôt des affaires administratives. Le pouvoir administratif autorisant et contrôlant les

activités hautement techniques, le rôle de la personne privée devrait être limité à la surveillance de l'exercice légitime du pouvoir administratif, qui serait réalisée par un procès administratif demandant l'annulation de tel ou tel acte administratif. Cette thèse pourrait être théoriquement justifiée pour interdire de s'immiscer « dans l'exercice de la police spéciale dévolue aux autorités publiques compétentes en la matière », comme les arrêts français rendus par la Tribunal des conflits en 2012 l'ont prononcé. Mais, chez nous, nous hésitons encore à s'y rallier. Il suffit de relever le risque nucléaire : l'accident de *Fukushima* a malheureusement démontré que le contrôle administratif des technologies modernes avait été insuffisant ou plutôt grossier. Il faut évidemment continuer à améliorer le contrôle administratif mais demeurerait quand même la vertu possible de l'action en cessation de l'acte dommageable intentée sur l'initiative des personnes privées. En système japonais, d'ailleurs, il n'existe pas de distinction des juridictions judiciaire et administrative et l'autorisation administrative n'est pas considérée comme un fait justificatif ni comme une cause exonératoire de l'acte dommageable, ce qui nous paraît tout à fait pertinent.

En conclusion, nous avons vu que l'idée de précaution intègre effectivement le droit japonais de la responsabilité civile, bien que le principe « général » de précaution n'ait pas encore été officialisé de manière publique. Cependant, il reste encore à préciser les régimes de chaque sanction, réparation pécuniaire comme sanction *a posteriori* et cessation de l'acte dommageable comme sanction *a priori*, notamment par rapport à l'exigence de l'utilité sociale. Il est à noter également que la responsabilité civile revêtue de l'idée de précaution n'est pas le seul moyen pour réaliser les traitements pertinents des risques scientifiquement incertains : il convient d'enrichir des autres systèmes tels que le fonds d'indemnisation et le contrôle administratif et de demeurer attentif à l'égard de leur efficacité.

17. Encore une autre remarque complémentaire. Par rapport aux systèmes étrangers, il faut avouer que notre système processuel reste encore trop individualiste. Les contentieux concernant l'incertitude scientifique sont d'une part d'ordre collectif. L'inexistence en droit japonais de la notion du préjudice écologique pur est un indice que nous n'avons pas encore suffisamment des antennes vers la protection des intérêts collectifs : chez nous les associations environnementaux ne sont pas autorisées à agir en son nom en absence d'atteinte à leurs propres intérêts. L'incertitude scientifique est d'autre part d'ordre massif : en cas de réalisation du risque soupçonné, il s'agira du « dommage de masse » subi par énormément des victimes à cause d'un accident unique et elles souhaiteront souvent agir en groupe. Pour résoudre ce type des litiges, on pourrait songer, en général, au système de délégation de la qualité de poursuivre le procès à certaines personnes, tel que la *class action* par laquelle une partie des demandeurs intentent un procès en représentant les victimes du même type et l'action de groupe par laquelle un certain groupe intente un procès à la place des victimes. Mais tel système n'existe pas au Japon. En plus, les tribunaux n'admettent pas

les demandes « uniformes » par lesquelles toutes les victimes demandent le même contenu de la réparation en vue d'empêcher le procès de durer si longtemps. Il se peut que la nécessité de la réforme législative ou théorique soit discutée face à la charge énorme des tribunaux qui doivent régler des litiges sur l'accident de Fukushima.

PRÉVENTION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX PAR VOIE D'ACTION EN CESSATION EN DROIT JAPONAIS

Katsumi Yoshida
Professeur à l'Université Waseda, Tokyo

Introduction

1. Le Japon est connu comme un pays ayant vécu des grandes affaires de pollution. À partir de la tragédie de Minamata qui a choqué une société étant flattée de haute croissance économique jusqu'à l'accident de la centrale nucléaire de Fukushima qui dure encore et ne finira presque jamais, nous connaissons trop d'exemples. Ces affaires de pollution causent aussi des atteintes graves à la vie et à la santé humaine ainsi qu'une dégradation grave à l'environnement naturel. Dans les zones urbanisées, nous connaissons des problèmes de bruits et de pollutions atmosphériques à cause de grandes circulations routières. Ils entraînent des atteintes à la santé humaine et une dégradation de la qualité de la vie. En ce qui concerne la qualité de la vie, l'environnement urbain joue un grand rôle pour l'assurer. Le paysage urbain constitue l'un de ses éléments importants. Il peut être endommagé facilement par une construction anarchique. Nous avons aussi beaucoup de problèmes à ce sujet.

2. Il est évidemment nécessaire d'attribuer des dommages-intérêts aux victimes en cette matière. Mais si l'on s'arrête là, ce ne sera pas suffisant. Il est d'une importance décisive de faire cesser les faits dommageables afin de prévenir des dommages présents et futurs. Ce qui doit être mis en place pour ce faire en droit japonais, c'est l'action en cessation.

3. Le Code civil japonais (le Minpo) dispose d'une série de dispositions sur les actes illicites qui admet le versement de dommages-intérêts aux victimes (art.709 et suiv.). Cependant, il n'a aucune disposition sur l'action en cessation. Il est donc confié au pouvoir judiciaire d'admettre ces actions et de construire son régime. Les tribunaux, en réalité, l'admettent difficilement en matière de dommages environnementaux. Une des causes de ce refus réside dans la théorie japonaise de l'action en cessation. **Celle-ci n' est admise traditionnellement que lorsqu'il y a atteinte aux droits absolus tels que le droit de propriété et les autres droits réels**. La jurisprudence l'a reconnue également pour le droit de la personnalité. Cependant, selon la théorie traditionnelle, elle

ne peut pas être allouée aux victimes qui sont lésées, leurs intérêts n'étant pas qualifié de droit absolu.

Il n'est pas douteux, malgré cette situation théorique, que l'action en cessation est nécessaire et efficace du point de vue de la prévention des dommages environnementaux. On peut trouver des tendances nouvelles dans une partie des jugements des tribunaux de fond. La doctrine s'efforce aussi de faire admettre l'action en cessation même en cas de l'inexistence de l'atteinte au droit absolu proprement dit, en construisant une théorie adéquate en ce domaine.

4. Nous allons essayer d'esquisser les grandes lignes de la jurisprudence et des efforts de la doctrine. On pourrait observer ces problématiques en divisant deux domaines : la cessation partielle des activités des établissements à caractère public et celle des activités à caractère privé. Pour la première, les tribunaux inférieurs admettent rarement l'action en cessation et le Tribunal Suprême ne l'a jamais accepté (première partie). Pour la dernière, l'attitude des tribunaux est un peu plus tolérante et souple (deuxième partie).

I. La cessation partielle des activités des établissements à caractère public

5. Les activités aéroporturaires constituent l'une des sources les plus graves de nuisances sonores. Les grands axes de circulations routières le sont aussi et, de plus, elles sont à l'origine de la pollution atmosphérique. Les activités de la base militaire qu'elles soient américaines ou japonaises causent des problèmes similaires, mais les problématiques juridiques sont bien différentes des premières surtout en ce qui concerne les bases américaines. Nous allons examiner ces deux problèmes successivement.

A. La cessation partielle des activités aéroportuaires et des grandes axes routiers

1) La cessation partielle des activités concernant les aéroports

6. En ce domaine, nous pouvons d'abord citer l'arrêt du Tribunal Suprême en assemblée plénière daté le 16 décembre 1981 qui concerne l'affaire de l'Aéroport de Kansai. Celui-ci se trouve tout près d'une grande ville d'Osaka. Cette situation cause très naturellement le problème grave des bruits. Après une longue période de souffrance, des populations habitant près de l'aéroport ont saisi le tribunal en demandant la cessation partielle des vols d'avion après 21 heures du soir jusqu'à 7 heures du matin ainsi que les dommages-intérêts susceptibles de réparer les préjudices causés par l'atteinte à l'environnement naturel et à la qualité de la vie dont les populations auraient pu bénéficier si cet aéroport n'existait pas. Elles ont fondé leur demande sur le droit de la personnalité et sur le droit à l'environnement.

7. Le tribunal d'appel du 27 novembre 1975 a admis totalement les demandes des populations concernant tant la cessation partielle que des dommages-intérêts pour les préjudices moraux dont le raisonnement sera examiné plus tard. Cependant, le Tribunal Suprême a cassé ce jugement pour rejeter complètement l'action en cessation (dans l'arrêt précité). En revanche, il a maintenu la solution du jugement du tribunal d'appel concernant les dommages-intérêts pour les préjudices passés.

8. L'arrêt du Tribunal Suprême a mis l'accent sur le caractère public de cet aérodrome qui est dirigé par le Ministre des transports. Celui-ci dirige les activités de l'aéroport en tenant compte des situations et des politiques diverses menées par l'État. Il s'agit de l'exercice du pouvoir public pour lequel il faut admettre une faculté large d'appréciation du Ministre des transports. Il n'est donc pas permis de contester l'exercice de ce pouvoir et de contraindre le Ministre des transports à prendre une mesure concrète par le biais du procès civil. On peut trouver ici la théorie dite de « l'inadmissibilité de la demande de mettre en place du pouvoir public ». D'autre part, cet arrêt reste silencieux sur la possibilité du procès administratif.

9. Voilà la logique du rejet de l'action en cessation par le Tribunal Suprême. On peut y trouver facilement une idée sous-jacente de primauté du pouvoir public étatique ou de prédominance de l'intérêt public. La plupart des auteurs en ont critiqué la logique en disant qu'entre la gestion des aéroports dirigés par l'État et celle des aéroports dirigés par les entreprises privées, il n'y a aucune différence essentielle. Ils étaient favorables plutôt au raisonnement émanant du jugement du tribunal d'appel que l'on a déjà indiqué.

10. À la différence de l'arrêt du Tribunal Suprême, le jugement du tribunal d'appel n'était pas favorable à l'idée de la prédominance de l'intérêt public. Selon lui, il est vrai que l'intérêt public a une valeur importante, mais il faut prendre en compte en même temps son aspect négatif si des activités à caractère d'intérêt public lèsent les intérêts privés. L'État ne peut donc pas invoquer l'intérêt public pour continuer à la façon licite les activités qui peuvent porter atteinte aux intérêts privés juridiquement protégés ou droits subjectifs des particuliers.

11. Ensuite, il a établi une théorie générale de l'action en cessation en se fondant sur le droit de la personnalité. Il affirme la nécessité de protection absolue de la sécurité de vie et corps humain et de la liberté intellectuelle, car ceux-ci sont essentiels pour l'existence même des êtres humains. Ces intérêts sont fondamentaux pour la personnalité de chacun et constituent ce que l'on appelle le droit de la personnalité. Personne ne peut porter atteinte à ces droits de la personnalité. Qui

que ce soit qui est lésé dans ce droit de la personnalité pourrait saisir le tribunal pour obtenir un jugement de cessation des fait dommageables présents et futurs.

12. Il s'ensuit que les intéressés peuvent demander la cessation des activités dirigées par l'État. Selon le jugement du tribunal d'appel, l'aéroport peut être dirigé par l'entreprise privée et il n'existe pas de différence essentielle pour les aéroports dirigés par l'État. Ceux-ci doivent être régis par des règles relevant du droit civil. Il est tout à fait naturel donc que quiconque se voit violer son droit de la personnalité par les activités de l'État peut demander sa cessation.

13. Des auteurs l'ont véritablement apprécié en affirmant qu'il a réalisé une œuvre impérissable en domaine de droit de l'environnement et de l'action en cessation. Pourtant, la réalité n'a pas été si facile. Après six ans de lutte entre des populations intéressées et l'État au sein du Tribunal Suprême, cette haute juridiction a rejeté totalement des demandes des populations comme nous l'avons vu précédemment. Les années 1980 et 1990 qui ont suivi cet arrêt de rejet étaient la saison d'hiver pour les revendications de cessation des activités nocives pour la santé humaine et l'environnement.

2) La cessation partielle des activités provenant de la circulation routière

14. Nous passons maintenant aux problématiques provoquées par de la circulation routière. En ce domaine, on doit d'abord citer un arrêt du Tribunal Suprême daté du 7 juillet 1995. Il s'agit d'une affaire dans laquelle des riverains de la route nationale no.43 qui traverse une zone urbanisée entre les villes d'Osaka et de Kobe, villes de la région de Kansai, ont saisi le tribunal pour demander la diminution du trafic routier et des dommages-intérêts pour les préjudices moraux. Ils ont demandé, plus concrètement, une diminution des bruits jusqu'à 65 phones entre 6 heures du matin et 22 heures du soir et 60 phones entre 22 heures et 6 heures et la diminution des bioxydes d'azote jusqu'à 0.02 ppm en moyen. Les demandeurs se sont plaints des atteintes à la santé et à la qualité de la vie qui ont été causées surtout des bruits de circulation routière. Ils ont fondé leur demande sur le droit de la personnalité et le droit subjectif à l'environnement.

15. Le défendeur, l'État, a contesté la gravité des atteintes. Selon lui, les dommages des riverains ne sont pas assez graves pour justifier des dommages-intérêts et la diminution des nuisances. Il a insisté également sur le caractère d'intérêt public des grands axes routiers en général et celui de la route nationale No. 43 concernée. Celle-ci joue un rôle indispensable pour la vie quotidienne des citoyens et pour les activités économiques de la région. Il s'ensuit que la mise en service de la route concernée ne présente aucun caractère illicite.

Les tribunaux local et d'appel qui ont examiné cette affaire ont admis une partie des dommages-intérêts en estimant que les dommages causés aux riverains de la route résultent d'un dépassement du

seuil de tolérance et revêtent un caractère illicite. Ils ont rejeté, en revanche, la demande de la diminution des bruits qui peut être qualifiée d'action en cessation. Le Tribunal Suprême a donné son approbation au jugement du tribunal d'appel sur ce point.

16. L'arrêt du Tribunal Suprême a adopté une théorie que l'on peut appeler « la théorie de degré d'illicéité » selon laquelle pour admettre l'action en cessation il faut que les faits dommageables revêtent une illicéité si importante qu'elle justifie une sanction autre que les dommages-intérêts. C'est la raison qui fonde la distinction entre l'admission des dommages-intérêts et le rejet de l'action en cessation. Ledit arrêt dit que la route nationale concernée offre une grande utilité irremplaçable non seulement pour les habitants et les entreprises riverains, mais aussi pour les activités économiques de la région. Au contraire, les dommages que subissent les riverains ne présente que les inconvénients au niveau de la vie quotidienne. Il n'existe pas de violation au droit absolu de la personnalité. Alors, il n'est pas possible de diminuer le fonctionnement de la route concernée au profit de la commodité des populations. Voilà la logique du Tribunal Suprême du rejet de l'action en cessation en domaine de circulations routières.

17. Cependant, la demande des riverains devant la juridiction n'était pas la cessation totale du fonctionnement de la route nationale. Ce n'était que la diminution des bruits et de la pollution atmosphérique. Pourquoi, alors, le caractère d''intérêt public de la route devrait-il l'emporter sans condition sur les intérêts des riverains à la qualité de la vie quotidienne ? De plus, on pourrait se demander si les dommages ne concernent que la qualité de la vie. Il est bien probable qu'ils ont lésé leur santé à cause des bruits et de la pollution atmosphérique. Si la situation est comme cela, les faits dommageables peuvent-ils être autorisés au regard du caractère d''intérêt public ? De surcroît, la garantie de la santé des populations n'a-t-elle aucune relation avec la notion d''intérêt public ? Ce que l'on devrait se demander, c'est comment comprendre le caractère d''intérêt public. Beaucoup d'auteurs ont critiqué la logique de la négation de l'action en cessation par Tribunal Suprême de ce point de vue.

18. Au début du nouveau siècle, un changement a pu être noté. Un jugement du tribunal local de Kobe du 31 janvier 2000 a admis la cassation partielle du fonctionnement de la route nationale N.43. Le tribunal de Kobe a d'abord reconnu le lien de causalité entre la pollution atmosphérique et les atteintes à la santé des populations. Le problème n'est plus alors une simple dégradation de la qualité de la vie. Il s'agit du problème de l'atteinte au droit à la santé de nature absolue. Le jugement a admis, d'une part, une grande importance du caractère d''intérêt public de ladite route. Il admet ainsi la théorie de degré d'illicéité dont on a parlé tout à l'heure. Mais, d'autre part, dès lors qu'il s'agit du problème de l'attente à la santé, le caractère d''intérêt public de la route n'est pas absolu et il doit être conciliable avec la garantie de la santé.

19. Un autre jugement du tribunal local de Nagoya daté le 27 décembre 2000 est à noter. Il a reconnu le lien de causalité entre la pollution atmosphérique et les atteintes à la santé des populations, ce qui a justifié l'admission des dommages-intérêts et la cessation partielle du fonctionnement des routes concernées. En espèce, une seule personne a été reconnue comme la victime de l'atteinte à la santé. Le jugement qui a admis l'action en cessation a été prononcé pour cette seule personne. Or, le public peut bénéficier des effets du jugement. On peut y trouver l'externalité positive de la cessation de l'illicite.

Ces illustrations restent encore des exceptions. Mais, si l'on parvient à prouver le lien de causalité entre la pollution atmosphérique ou des bruits et l'atteinte à la santé, on peut espérer, non sans raison, obtenir un jugement d'admission de l'action en cessation.

B. La cessation partielle des activités de la base militaire

20. L'article 9 de la Constitution japonaise interdit de détenir la force militaire dans le but d'interdire la guerre comme moyen de résoudre les conflits internationaux. Pourtant, en réalité, le Japon possède une force militaire assez puissante sous prétexte de l'autodéfense. Il y a beaucoup de bases militaires y compris près de zones urbanisées.

21. Le Japon a conclu, d'ailleurs, le Traité de sécurité nippo-américain en vertu duquel la force militaire américaine a installé d'importantes bases militaires au Japon. Le cas de l'île d'Okinawa est bien connu par la densité de bases militaires américaines. Cependant, elles se trouvent partout dans l'archipel nippon, même dans la région de Tokyo.

22. Les activités de ces bases militaires causent des dommages graves surtout par des nuisances insupportables qui ne cessent pas, même pendant la nuit. À partir des années1970, des habitants souffrant de les ces bruits ont commencé à intenter des procès pour demander une cessation partielle de la fonction de bases militaires. Le jugement du tribunal d'appel pour le procès concernant l'aéroport de Kansai dont on a parlé précédemment les a encouragés, car il admet la demande des habitants. Pourtant, le déroulement de ces procès n'était pas si facile ou simple. Il faut signaler l'influence de l'arrêt de l'assemblée plénière de 1981 qui a cassé le jugement du tribunal d'appel de 1975 et a rejeté complètement l'action en cessation des habitants. Dans ce cas des procès contre les bases militaires, le Tribunal Suprême dénie systématiquement les demandes des habitants.

23. D'abord, en ce qui concerne les activités de la force militaire japonaise, le Tribunal Suprême a montré sa position négative pour l'action en cessation dans l'arrêt du 25 décembre 1993. Il s'agit de la base militaire d'Atsugi, qui se trouve dans la région métropolitaine. Selon cet arrêt, le

Ministre de la défense nationale dirige les activités de cette base militaire et cette direction constitue l'exercice d'un pouvoir public. Il en résulte que l'action civile qui a pour but de restreindre la faculté large d'appréciation du Ministre de la défense nationale en forme de cessation n'est pas admissible. D'ailleurs, il n'a pas nié la possibilité du procès administratif. Cette possibilité sera exploitée vingt ans après, ce que l'on va voir plus tard.

24. Il est à noter qu'il a d'ailleurs admis le versement de dommages-intérêts pour les préjudices passés en cassant le jugement du tribunal d'appel qui les niait en affirmant que les dommages des habitants n'étaient que des inconvénients sans atteinte à la santé, alors que le caractère d'intérêt public des activités de base militaire est primordial. L'arrêt du Tribunal Suprême affirme que ce raisonnement du tribunal d'appel est erroné, car même si les dommages des habitants ne provoquent pas des atteintes à la santé, il est possible qu'ils dépassent le seuil de tolérance et justifient ainsi une action en dommages-intérêts.

25. Par le rejet de l'action en cessation et l'admission de l'action en dommages-intérêts, l'on retrouve la résolution par le binaire.

Ensuite, en ce qui concerne les activités de la force militaire américaine, la position négative à l'encontre de l'action en cessation du Tribunal Suprême résulte du même arrêt du 25 décembre 1993 et d'un autre arrêt rendu à la même date concernant la base militaire de Yokota qui est située aussi à la région métropolitaine.

26. Les fondements principaux du rejet résident dans les trois points suivants : Premièrement, celui qui cause directement des dommages est l'armée américaine. Le gouvernement japonais contre lequel les demandeurs ont intenté le procès n'est que le fournisseur des établissements militaires qui sont obligés de fournir en vertu du traité de sécurité nippo-américain. Deuxièmement, le gouvernement japonais ne dispose pas de compétence pour restreindre des activités de l'armée américaine, sauf dispositions spéciales des traites ou des lois nationales. Or, on n'y trouve aucune disposition de cette nature. Troisièmement, l'action en cessation intentée contre l'État ne peut être admise dès lors qu'elle ne peut faire cesser les actes du tiers dont les actes ne sont pas soumis au contrôle de l'État. En bref, l'action en cessation doit viser uniquement celui qui cause directement les dommages. C'est l'armée américaine et ce n'est pas le gouvernement japonais. De plus, le gouvernement japonais ne possède aucun pouvoir de maîtriser les activités de l'armée américaine. Voilà la logique du rejet de l'action en cessation par le Tribunal Suprême.

27. Après cet arrêt de principe, plusieurs jugements de tribunaux de fond ont rejeté les demandes de cessation partielle des activités de bases militaires avec ce même raisonnement. Il

semble qu'il soit presque impossible de les faire cesser par l'action en justice. Mais une partie de la doctrine s'efforce de percer un trou dans ce mur solide.

28. D'abord, on se demande si le tribunal japonais n'a pas de compétence pour prononcer l'illicéité des activités de bases militaires américaines. Le gouvernement japonais insiste sur son impossibilité, car elles sont fondées sur le traité de sécurité nippo-américain et les conventions concernées. Mais les activités de bases militaires portent atteinte au cadre de vie des habitants voisins des bases et même à leur santé. Un auteur affirme que même les activités militaires qu'elles soient américaines ou japonaises doivent être soumises aux règles du droit civil sans possibilité de dérogation. Cette opinion me semble convaincante et selon cette idée les tribunaux japonais doivent avoir le pouvoir de dire l'illicéité des faits dommageables même que ce soient les activités militaires américaines.

29. Ensuite, on se demande si le gouvernement japonais peut se décharger de la responsabilité sous prétexte qu'il n'est que le fournisseur des établissements militaires à l'armée américaine et n'est pas l'auteur direct des dommages. Un spécialiste en ce domaine suggère de créer une notion de coauteur des faits dommageables. Il est vrai que le défendeur ordinaire de l'action en cessation est l'auteur direct de fait illicite. Mais cela ne signifie pas qu'il doive être limité à l'auteur direct. Si un autre sujet agit positivement pour les faits illicites dommageables, il peut être qualifié de coauteur et assumer sa responsabilité. Or, le gouvernement japonais donne à l'armée américaine des subventions de grande envergure et se comporte ainsi positivement pour le fonctionnement des bases militaires. Il peut et doit être qualifié alors de coauteur pour assumer la responsabilité.

30. Très récemment, le tribunal local de Yokohama a rendu deux jugements datés du 21 mai 2014 pour la poursuite concernant la base militaire d'Atsugi. Il y a deux procès : procès judiciaire civil et celui administratif. Le jugement du procès civil a prononcé la même conclusion que les précédents : rejet de l'action en cessation et admission des dommages-intérêts pour les préjudices subis dans le passé. L'autre jugement du procès administratif, cependant, a fait un nouveau pas: il a admis, pour la première fois de l'histoire judiciaire japonaise, la cessation partielle des vols des avions de l'armée japonaise. Bien qu'il s'agisse de l'interdiction partielle du 22 heures du soir au 6 heures du matin et que la cessation des vols des avions de l'armée américaine n'ai pas été admise, ce jugement a une importance majeure en ce sens que c'est le premier jugement de cessation. Le gouvernement a fait appel tout de suite après la prononciation de ce jugement. Il faudra veiller à observer attentivement ce qui se passera dans ce procès.

II. L'interdiction de l'installation de l'établissement à caractère privé

31. Nous avons en ce domaine deux exemples majeurs qui méritent notre attention : l'un est la demande de l'interdiction de l'installation de l'établissement des déchets industriels et l'autre est celle de la construction anarchique ayant un caractère susceptible de compromettre l'harmonie du paysage du quartier. Nous examinerons successivement ces problématiques.

A. L'interdiction de l'installation de l'établissement des déchets industriels

32. À la différence des cas examinés dans la première partie, on peut trouver en ce domaine pas mal de décisions qui admettent l'interdiction de l'installation ou même la cessation de l'exploitation de l'établissement qui est déjà en marche.

33. Le premier exemple est illustré par une décision en référé du tribunal local de Sendai du 28 février 1992. En l'espèce, une entreprise traitant des déchets industriels a établi un projet d'installer un établissement du traitement final des déchets industriels. Pour contester ce projet, des habitants riverains ont saisi le tribunal pour obtenir une décision en référé de son interdiction. Ils ont insisté sur le risque de pollution de l'eau potable. Ils faisaient valoir qu'ils ne pouvaient disposer du service public de l'eau potable et devaient utiliser des puits pour puiser de l'eau. Selon eux, l'installation de ce genre de l'établissement contaminerait l'eau naturelle et porterait atteinte à leur droit de la personnalité ou celui patrimonial. Le tribunal a admis cette demande en constatant qu'une partie de la pluie pouvait pénétrer dans l'eau puisée aux puits et qu'il s'ensuivaitt que l'installation de l'établissement du traitement final des déchets industriels avait une éventualité très forte de porter atteinte au droit à la vie tranquille qui constitue une sorte du droit de la personnalité.

34. Après cette décision, plusieurs décisions ont prononcé la même conclusion en se fondant sur le même droit à la vie tranquille. De plus, une décision a ordonné la cessation des activités de l'établissement en cours. Il s'agit de la décision du tribunal local de Tsu datée le 24 février 1999. En espèce, a été constatée une possibilité forte de la production de la dioxine par l'activité du four d'incinération. Selon cette décision, la dioxine contient les éléments toxiques et l'exploitation du four d'incinération comporte un risque fort de compromettre la santé humaine.

35. L'article 710 du Minpo consacre le corps humain comme objet protégé par le droit. À partir de cette disposition, la doctrine japonaise du droit civil reconnaît que le droit au corps humain est un droit de la personnalité ayant la nature de droit absolu. Cela signifie que l'atteinte à ce droit au corps humain peut entraîner une action en cessation. Ce n'est pas donc étonnant que la décision du tribunal local de Tsu concernant la contamination causée par la dioxine ait admis l'action en cessation par le motif qu'elle détenait un risque fort de violer la santé humaine. Nous avons déjà

rencontré une pareille conclusion en cas de violation de la santé qui permet la cassation partielle du fonctionnement de la route.

36. Mais des décisions citées ont invoqué également le droit à la vie tranquille pour reconnaître l'interdiction de l'établissement dangereux. Il faut rappeler que la portée de ce droit est plus large que le droit au corps humain ou le droit à la santé. C'est dans l'affaire où s'est posée une question de la possibilité d'ordonner la fermeture du bureau de la mafia japonaise que ce droit à la vie tranquille est apparu pour la première fois dans l'histoire de la jurisprudence japonaise. Le jugement du tribunal local de Shizuoka daté le 9 octobre 1987 a ordonné la fermeture du bureau de la mafia en se fondant sur le droit à la vie tranquille. Selon ce jugement, toute personne dispose du droit ou de la liberté à la vie tranquille. Ce droit ou la liberté est consacré en tant qu'intérêts protégés par le droit fondamentaux et indispensables pour préserver la dignité humaine. Il en résulte que s'il y a une violation de ce droit qui dépasse le seuil de tolérance, la victime pourra demander la cessation des faits dommageables présents ou futurs en invoquant ce droit de la personnalité.

37. Le droit à la vie tranquille n'est pas synonyme de droit à la santé. Il présente un caractère plus large et englobe la qualité de vie. Traditionnellement, l'action en cessation est rejetée dans le cas où l'atteinte ne se porte que sur la qualité de la vie. Or, avec la notion de droit à la vie tranquille, on peut élargir le champ d'application de l'action en cessation.

38. Cependant, il faut signaler que ce droit à la vie tranquille n'a pas un caractère absolu. S'il s'agissait d'un droit absolu, l'atteinte à ce droit entraînerait naturellement l'action en cessation. Or la violation au droit à la vie tranquille ne justifie cette action qu'en cas de dépassement du seuil de tolérance. Ce qui importe est que le droit n'ayant pas un caractère absolu peut faire surgir l'action en cessation.

39. En matière de procès concernant les établissements de traitement des déchets industriels, le droit à la vie tranquille est reconnu. Mais lorsqu'il s'agit de grands établissements à caractère public, bien que les demandeurs l'invoquent parfois, le tribunal rejette l'action en cessation en se fondant sur ce droit. Pour ne citer qu'une illustration, bien que les demandeurs aient insisté sur la cessation partielle en invoquant le droit à la vie tranquille, le jugement du procès civil daté le 21 mai 2014 concernant la base militaire d'Atsugi cité précédemment a rejeté la demande des habitants riverains même sans mentionner l'argument du droit à la vie tranquille. Une partie de la doctrine tente d'exploiter la possibilité de mettre en œuvre ce droit pour faire admettre l'action en cessation en domaine d'établissement à caractère public. Elle avance que la jurisprudence doit reconnaître ce droit comme celui qui se rapproche du droit à la santé ou le côtoie, ce qui devrait justifier une action en cessation pour les nuisances sonores des bases militaires, par exemple. Mais ces efforts ne portent pas leurs fruits, jusqu'à présent.

B. L'interdiction de la construction immobilière anarchique

40. En comparaison avec le régime occidental de l'urbanisme, le droit de l'urbanisme japonais est caractérisé par son laxisme. Il se peut que, même dans les quartiers résidentiels de haute qualité un projet de la construction d'une tour élevée qui ne s'adapte pas à l'environnement et au paysage urbain du quartier soit établi. Le promoteur immobilier veut attirer les clients par la qualité du quartier en la dégradant lui-même. Les habitants riverains veulent tout naturellement l'interdiction ou la cessation de cette construction. Mais, comment fonder cette demande ? C'est la problématique centrale de la matière. Tandis que, traditionnellement, la cessation n'est admise qu'en cas de violation d'un droit absolu, il est bien difficile d'y en trouver un.

41. Nous allons voir un cas concret. Il s'agit d'une affaire fameuse de paysage urbain de la ville de Kunitachi. Celle-ci est une relativement petite ville située à la banlieue de Tokyo. Elle est connue comme une ville universitaire et jouit d'une haute réputation par son beau paysage urbain surtout au bord de l'Avenue de l'Université où la hauteur des bâtiments est bien harmonisée. Il n'existait pas de réglementation légale. Ce sont les efforts des habitants qui ont permis de préserver ce paysage.

42. Une compagnie de la promotion immobilière a voulu profiter de ce beau paysage urbain pour attirer les clients et a établi un projet de construction d'un grand immeuble en copropriété à 14 étages. Elle estimait que ce projet de construction ne violait aucune réglementation légale. Mais ce projet devait porter atteinte au beau paysage du quartier que des habitants préservent par leurs propres efforts. Des habitants ont saisi le tribunal pour faire cesser la construction et, après l'achèvement des travaux, pour le remettre en état en détruisant partiellement l'immeuble. À la suite de ce procès, deux jugements et un arrêt dont les conclusions et les raisonnements sont bien différentes ont été rendus.

43. D'abord, le tribunal local de Tokyo a ordonné, par le jugement du 18 décembre 2002, au promoteur immobilier concerné de démolir partiellement l'immeuble déjà achevé au motif que la construction de cet immeuble portait atteinte à l'intérêt au paysage. Cela justifiait la responsabilité civile du promoteur. C'est le premier jugement qui reconnaît l'existence de l'intérêt au paysage protégé par l'action en droit civil et a ordonné la démolition de l'immeuble. Cela signifie la reconnaissance de l'action en cessation en cette matière. Il s'agit d'un jugement qui a marqué vraiment une époque.

Ce jugement du tribunal local de Tokyo a distingué deux sortes d'intérêts au paysage. D'une part, il existe l'intérêt au paysage tel que celui naturel dont on peut jouir sans que l'on participe à sa

formation. Un beau paysage est déjà devant eux. Il s'agit d'une jouissance du paysage existant. D'autre part, il existe l'intérêt au paysage tel que celui urbain qui a été formé et maintenu par les efforts des habitants qui consistent à observer les règles spontanées concernant la construction et à renoncer donc au moins à une part de ses prérogatives du droit de propriété réciproquement. Il s'agit d'une jouissance du paysage formé spontanément et collectivement. Le paysage urbain est assuré et préservé alors par les règles locales spontanées.

44. Le jugement du 27 octobre 2004 du Tribunal d'appel de Tokyo a annulé le jugement du Tribunal local Tokyo. Il estime que de beaux paysages sont d'une grande importance et constituent un patrimoine commun de la nation. Mais, selon ce jugement, c'est uniquement l'autorité administrative qui assume la responsabilité de sa préservation. Les habitants riverains ne peuvent pas jouir d'un tel beau paysage en vertu du droit subjectif ou l'intérêt protégé par le droit. En cas d'atteinte, ils peuvent faire appel à l' autorité administrative pour faire mettre en œuvre des mesures nécessaires, mais ne peuvent pas agir eux-mêmes en justice. On y trouve un retour à la position traditionnelle de la jurisprudence.

45. Un arrêt du Tribunal Suprême daté du 30 mars 2006 a rejeté le pourvoi en cassation et maintenu la conclusion du jugement de 2004 du Tribunal d'appel de Tokyo, mais en se fondant sur un tout autre raisonnement. À la différence du jugement de 2004, l'arrêt du Tribunal Suprême de 2006 a reconnu la possibilité de la protection de l'intérêt au paysage par l'action en droit civil. C'est la position commune au jugement du Tribunal local de Tokyo de 2002. Il y a pourtant une grande différence entre deux décisions. Le jugement de 2002 a fait une distinction entre deux sortes de paysages : ceux existants et ceux formés collectivement. L'arrêt du Tribunal Suprême de 2006 ne fait pas une telle distinction et reconnaît la possibilité de la protection du paysage en général. Mais cela ne signifie pas que le Tribunal Suprême ait reconnu une protection plus large du paysage urbain. La situation est contraire. Elle établit une règle invitant à considérer un ensemble d'éléments pour apprécier l'illicéité de l'atteinte à l'intérêt au paysage. L'arrêt énonce comme éléments d'appréciation, le cas de la violation des dispositions pénales ou administratives, celui de l'abus de droit ou la contravention de l'ordre public. Il faut dire que ce sont bien des élements assez difficiles à démontrer. Il sera possible mais difficile de protéger l'intérêt au paysage par voie de l'action civile dans la logique de l'arrêt de 2006.

De plus, l'arrêt de 2006 ne parle pas de la possibilité de l'action en cessation. Il semble qu'il veuille la nier. S'il voulait la reconnaître, il aurait dû en développer les raisons. Mais, en réalité, il reste silencieux en cette matière.

Pour celui qui veut reconnaître l'action en cessation en matière de paysage urbain, il n'est pas facile d'en trouver un fondement juridique pertinent. L'intérêt du paysage urbain a une sorte de caractère

public en ce sens que personne ne peut en jouir de façon exclusive. Autrement dit, tout le monde peut y accéder. Il est donc impossible d'y trouver un droit absolu.

46. Le jugement du tribunal local de Tokyo de 2002 a conduit à la démolition partielle d'immeuble construit sur les règles locales spontanées comme on l'a vu précédemment. À partir de cette constatation, on pourrait penser que l'on peut fonder cette action en cessation sur la violation de droit objectif à la différence de la théorie classique qui trouve son fondement sur la notion de droit absolu. Nous espérons alors qu'une autre théorie générale de l'action en cessation sera construite sur ce fondement.

THE HANDLING OF SCIENTIFIC UNCERTAINTY BY JUDGES IN CIVIL PROCEDURES IN JAPAN

Tadashi Otsuka
Professor of Waseda Law School

)

1. Precautionary Principle in Japan and the Introduction of this Paper

1 . The Precautionary Principle (hereinafter "PP") has been developing in international documents and it has been virtually accepted in some fields of Japanese environmental law in ratifying international environmental treaties. However, Basic Environmental Act in Japan has no distinct PP provision. We can only interpret sec.4 that provides the principle of sustainable development (hereinafter "SD") as including PP because SD is regarded as an umbrella principle that also covers PP. Moreover, in my opinion, sec. 19 that provides the obligation of the state to be concerned about the environment is also considered as a foundation of PP. In 2008, Basic Biodiversity Act was established in Japan as legislation introduced by Diet members. Sec.3 (3) of this Act provides the precautionary approach. We can say PP was introduced in the field of biodiversity in Japan. However, in my opinion, we should not emphasize that PP was introduced only in this field in Japan. Biodiversity is only one example of a field where PP is applied. We have to consider the application of PP in many environmental fields such as climate change, chemicals, pesticides, electromagnetic waves and, in some cases, landfill waste sites and nuclear power plants.

In Japan PP is partially admitted as an environmental public law principle. It has not been accepted in private law. This is partly because Japan does not have the equivalent of the French Environmental Charter.

2. However, some judgments and adjudications by the Environmental Dispute Coordination Commission can be interpreted as having adopted the idea of PP without using the term PP.

The most typical lawsuit related to scientific uncertainty is "the action for the judicial review of administrative disposition" regarding the administrative standard-setting or administrative dispositions filed by the regulated party. In addition, scientific uncertainty is related to "the injunction suit against the administration", "the mandamus suit for the administration" and "civil litigations for injunction and damages".

In Japan a civil litigation is filed against the State for damages according to the State Compensation Act. Therefore, I will deal with civil litigations for injunctions and damages, including State compensation suits. This is because Japan does not have the administrative court system. Japan has only one court system. Japanese constitutional law prohibits the existence of special courts , e.g.

the administrative court system including the administrative supreme court. In Japan, State compensation is regarded as a kind of civil responsibility. Japan and France differ in this point.

3. I would like to precisely survey concrete cases of judgements because it is very important to do so in order to understand clearly the handling of scientific uncertainty by judges in Civil Procedures.

After dealing with civil litigations for injunction and damages in cases with scientific uncertainty (3,4), I will summarize trends of court decisions and doctrines regarding these cases (5) and compare French and Japanese Law concerning how to cope with scientific uncertainty (6).

2 Examples where judges concluded the same determination in case with scientific certainty as well as in those with scientific uncertainty

4. There are some cases where judges admitted injunctions or damages against pollution or pollution risk, or admitted regulation or publicizing information by administration when the risk has scientific uncertainty.

(1) Cases of regulating or publicizing by the administration

(a)Supreme Court Decision on Kansai Minamata Disease Litigation

5. The Supreme Court decision on the litigation of State compensation to Minamata disease victims who lived in Kansai area (Supreme Court Decision, Oct. 15th, 2004[2227]) can be regarded as one example that a court admitted compensation ignoring the scientific uncertainty. The Supreme Court decided that the State was late in exerting its authority to regulate the discharge of methyl mercury from Chisso Co. facility. According to the first instance court, they could only measure mercury in general but could not detect methyl mercury with the scientific instruments available at that time (Osaka District Court decision, July 11th, 1994[2228]).

Although this point is hidden under the veil of fact-finding, it seems that the Court of Appeal decision (Apr.27, 2001[2229]) and the Supreme Court decision requested the administration to exert its authority in a precautionary manner even if there is scientific uncertainty[2230].

(b) Escherichia coli (E. coli) 0-157 case

6. In this case the Minister of Health and Welfare publicized an interim report that concluded that they can neither assert nor deny the possibility that radish sprouts were the cause of Escherichia coli (E. coli) 0-157. Japan Association of Radish Sprouts and producers of radish sprouts filed a suit to demand compensation from the State. Tokyo district court dismissed the case because it is not illegal for the State to publicize what was thought to be the cause of E. coli at the stage of scientific uncertainty (Tokyo District Court Decision, May 30th, 2001[2231]).

[2227] Saikosaibansho Minji Hanreishu, vol.58-7, p.1802
[2228] Hanreijiho vol.1506,p.5.
[2229] Hanreijjho vol. 1761,p.3.
[2230] Tadashi Otsuka, ESSENTIALS of ENVIRONMENTAL LAW, 2013,p.39.
[2231] Hanreijiho vol. 1762, p.6

This case was appealed and Tokyo Court of Appeals designated that the State was "lawful in the purpose of publicizing" but "unlawful in the manner of publicizing" (Tokyo Court of Appeals Decision, May 21st ,2003[2232]). Regarding PP, it is important that the purpose of publicizing was admitted as lawful .

According to these cases, we can assert that it is not illegal for the State to publicize what was thought to be the cause of E. coli at the stage of scientific uncertainty even though there is a discussion about the manner of publicizing.

(c) Summary

7. To sum up, in these examples judges concluded the same determination in the cases with scientific uncertainty as well as in those with scientific certainty.

(2) Cases of actions of private persons

8. In many cases where judges admitted injunction or damages against the actions of private persons even when there is scientific uncertainty, judges modified the determination method considering scientific uncertainty.

(a)Injunction cases

9. There are several cases where scientific uncertainty is taken into account when a judge determines whether to issue a preliminary injunction for an incident in which the causation is not yet clear.

(i)Two types of approaches for relaxing the burden of proof

10. There are two types of cases for relaxing the burden of proof.

In the first type ≪when plaintiffs succeed in proving "to a considerable extent" that there is a concrete possibility to cause harm, the defendant should produce counterevidence that there is no high probability to cause harm≫ (Sendai District Court decision regarding Marmori-cho landfill site injunction case (Feb. 28th, 1992[2233]) and Nagoya Court of Appeal decision regarding Nagara river weir injunction case (Dec.17th, 1998)[2234]). We can refer to this approach as "considerable causation approach".

In the second type ≪the defendant should provide proof by showing that there are considerable grounds that the facility does not lack safety, and if he/she does not succeed in his/her proof, his/her facility is presumed de facto as lacking safety≫ (Sendai District Court decision regarding Onagawa Nuclear Power Plant case (Jan.31st, 1994[2235]) and Gifu District Court decision regarding Nagara river weir injunction case (July 20th, 1994)).

[2232] Hanreijiho, vol. 1835,p.77
[2233] Hanreijiho vol. 1429, p.109.
[2234] Hanreijiho vol. 1667,p.3.
[2235] Hanreijiho vol. 1482, p.3.

The logic of the second-type cases resulted from the Supreme Court administrative revocation decision regarding Ikata Nuclear Power Plant (Oct.29th,1992[2236]). We can refer to this approach as "Ikata type approach".

These two types of cases have several characteristics. Firstly, they are preliminary injunction cases against establishing facilities. Secondly, professional acknowledgement and determination are necessary to decide the impact on the inhabitants when establishing or operating facilities because there is scientific uncertainty. The defendant has much more proof concerning the risk than the plaintiffs. Thirdly, serious and irreversible damage may happen in some cases.

We can call this group of litigations "precautionary scientific litigations"[2237]. These two types of approaches are very important in injunction cases against nuclear power plants.

11. In nuclear power plants' injunction cases, two issues have been significant. The first issue is how to recognize the "concrete danger" of nuclear power plants. The second issue is what procedure should be adopted to prove "concrete danger" for civil injunction cases against nuclear power plants.

12. 1)Kanazawa District Court decision regarding Shiga Nuclear Power Plant——"considerable causation approach"

Regarding the procedure to prove "concrete danger", Kanazawa District Court regarding Shiga Nuclear Power Plant (March 24th, 2006[2238]) indicated the following decision. ≪Firstly, the plaintiffs should prove "to a considerable extent" that there is a concrete possibility the plaintiffs are exposed to radiation exceeding the permissible limit due to the operation of the nuclear reactor. Then, if they succeed in their proof, the defendant should produce counterevidence that there is no concrete danger the plaintiffs are exposed to radiation exceeding the permissible limit by showing that there are concrete grounds and by submitting necessary documents. If the defendant does not succeed in the proof, the concrete danger is presumed to exist.≫

Regarding Shiga Nuclear Power Plant, the Kanazawa District Court issued an injunction to stop the operation of the plant.

13 . 2) Sendai District Court decision regarding Onagawa Nuclear Power Plant —-"Ikata Type" Approach

Historically, civil injunction cases against nuclear power plants followed the lead of Sendai District Court decision regarding Onagawa Nuclear Power Plant (Jan.31st, 1994[2239]) . According to this decision, the "safety" demanded of nuclear reactor facilities should be "keeping, under any circumstances, the risk of a disaster within a small extent that can be ignored by common

[2236] Saikosaibansho Minji Hanreishu, vol.46-7, p.1174.

[2237] Tadashi Otsuka, " Precautionary Scientific Litigations and Requirement Fact (Yokenjijitsu)",Shigeo Ito (ed.), REQUIREMENT FACTS IN ENVIRONMENTAL LAW (2009) ,p.139.

[2238] Hanreijiho vol. 1930, p.25. This decision was overturned by Kanazawa Branch of Nagoya Court of Appeal, March 18th, 2009, Hanreijiho vol. 2045, p.3.

[2239] Hanreijiho vol. 1482, p.3.

sense". The decision points out that 1mSv/year, which is the limit of radiation dose outside the monitored area surrounding nuclear power plants based on ICRP recommendation, is the rational standard of the "safety".

Regarding the procedure to prove "concrete danger", this decision indicated the following points. Firstly, the defendant should provide proof by showing that there are considerable grounds that the facility does not lack safety and by submitting necessary documents because of the uneven distribution of information between the defendant and the plaintiffs. Then, if the defendant does not succeed in his proof, the nuclear power plant is presumed de facto as lacking safety. If the defendant succeeds in his proof, the plaintiffs must prove that the facility lacks safety.

This logic resulted from the Supreme Court administrative revocation decision regarding Ikata Nuclear Power Plant (Oct.29th, 1992) as mentioned before. Regarding Onagawa Nuclear Power Plant, the Sendai District Court did not issue an injunction to stop the operation of the plant.

Many courts used the logic of Sendai District Court decision regarding Onagawa Nuclear Power Plant, but Kanazawa District Court decision regarding Shiga Nuclear Power Plant (March 24th, 2006) as mentioned above in 1) did not use it[2240].

(ii) Adopting the "right for a tranquil life"

14. In some preliminary injunction cases the "right for a tranquil life", a kind of "personal right", is used as the legal basis of injunction. This right is used in injunction cases against setting up landfill waste sites. The "right for a tranquil life" is different from ordinary personal right in that it deals with the anxiety of inhabitants. The "right for a tranquil life" is related to the idea of PP in that it brings forward the conclusion point of causation. The reason some lower courts are fond of using the notion of "right for a tranquil life" is that there is scientific uncertainty for the future risk of pollution leak. However, admitting the plaintiffs' subjective anxiety itself as an interest protected by law is not appropriate from the viewpoint of fairness. Sometimes it is almost impossible to persuade a certain number of people who are subjectively anxious about some risk that it is safe from the reasonable viewpoint. Rather, it is appropriate to adopt the approach that when plaintiffs succeed in

[2240] Generally, courts that used the logic of Sendai District Court decision, "Ikata type" approach, admitted that the defendant had provided proof by showing that there were considerable grounds that the facility did not lack safety and they did not approve the injunction. However, recently Otsu District Court decision regarding No.3 and No.4 reactors at Takahama Nuclear Power Plant (March 9th,2016) did not admit that the defendant had provided proof and it approved the injunction although it adopted "Ikata type" approach. This is because this court judges decided that the defendant had to make a prima facie showing how the administration regulation had changed, how the regulation for the design and operation of this nuclear power plant had been reinforced and how the defendant had responded to the regulation. Otsu District Court expressed an important point of view after Fukushima Nuclear Power Plant accident.

proving "to a considerable extent" that there is a concrete possibility to cause harm, the defendant should produce counterevidence that the facility is reasonably safe[2241].

(iii)The approach that any chance of concrete danger to the fundamental personal right is adequate to issue an injunction

15. In the civil injunction case regarding Ohi Nuclear Power Plant, the Fukui District court (Fukui District Court Decision, May 21st , 2014[2242]) pointed out that it is natural that the nuclear power plant should be shut down if there is any chance of concrete danger to the fundamental personal right to protect life and maintain livelihood. This court indicated that the "Ikata type" procedure to prove concrete danger is too roundabout.

Historically, courts dealt with the issue of "concrete danger" of nuclear power plants using the procedure of proving it, and they avoided clarifying the substantial determination. However, regarding Ohi Nuclear Power Plant, the Fukui District court was bold enough to clarify the substantial determination.

The Fukui District court could reject the above-mentioned two types of procedures to prove concrete danger because it had, in fact, greatly relaxed the extent of proof by indicating that there should not be any chance of concrete danger to the fundamental right to protect life and maintain livelihood. I can conclude that this court decision actually had the same effect as converting the burden of proof by adopting the logic that the nuclear power plant has concrete danger when uncertainty remains.

The logic of the Fukui District Court is an application of PP because it means that an injunction should be issued if there is an uncertainty about the occurrence of serious accidents at nuclear power plants including the scientific uncertainty of earthquakes.

(b) Damages cases

16. There are some damages cases concerning Minamata disease that dealt with scientific uncertainty.

（ｉ） Fault

17. The Kumamoto district court in the first compensation litigation case of the Kumamoto Minamata disease (March 20th,1973[2243]) recognized that, since 1956, several theories were argued in the faculty of medicine of Kumamoto University regarding the cause of the disease such as the manganese theory, the manganese and selenium theory, and the manganese, selenium and thallium theory. The court also acknowledged that since July 1959 the methyl mercury theory had become strongly advocated.

[2241] Tadashi Otsuka, "The Contemporary Significance of Environmental Civil Injunction Litigations" *in* T.Otsuka, A.Omura and M. Nozawa (ed.), THE DEVELOPMENT OF SOCIETY AND THE CREATION OF RIGHT, Festschrift in honor of Professor Takehisa Awaji's 70th Anniversary (2012),p.548.
[2242] Hanreijiho vol.2228, p.72.
[2243] Hanreijiho vol.696, p.15.

This court pointed out "when any chemical factory discharges its effluent outside its premises, it must confirm the safety of the effluent always by utilizing the best knowledge and state-of-the-art technology and fully researching whether it contains hazardous substances and whether it will affect the flora, fauna and human health. Then if, by any chance, the factory finds its effluent is hazardous or doubts the safety of the effluent, the factory has the supreme duty of care to take the maximum necessary measures including the immediate cessation of operation, especially preventing hazard to the life and health of the surrounding residents."

The defendant argued that he had no duty of care due to the lack of foreseeability as the result of limiting the object of foreseeability only to the generation of the specific causal substance. However, this court refuted the defendant's argument and pointed out " if we proceed with the idea of the defendant, the hazard is proved only when the environment is polluted and destroyed, and the life and health of the residents suffer from the hazard … . This idea is apparently unjust because it seems to allow using residents for human experiments".

This court imposed on chemical factories the supreme duty of care to research and foresee the result of their discharging effluent even when there is a scientific uncertainty about what the special causal substance is. The occurrence of actual damage due to the effluent was necessary for this decision. Because this decision was issued in 1973, this court did not use the word "PP". However, the decision had substantially the same idea as PP. Moreover, this decision went beyond the idea of PP because it identified the fault of Chisso for all victims including those who developed Minamata disease before 1956 when the Faculty of Medicine of Kumamoto University made public that " Minamata disease is a toxic symptom that occurs due to the intake of fish caught in Minamata Bay".

(ii) Causation

18. Some lower court cases that adopted "the theory of probability conviction" dealt with scientific uncertainty. These cases have the same basis as the idea of PP. Tokyo District Court Case in Tokyo Minamata Disease Litigation (Feb. 7th, 1992[2244]) held that denying the civil responsibility of the defendant, Chisso, is not appropriate when there is "a considerable extent of possibility" that the plaintiffs suffered from Minamata disease, even when there is no proof of "high probability" and they were not identified as Minamata disease patients by the administration. The court concluded that it is appropriate to allow the extent of the possibility to reflect the amount of compensation. Osaka District Court Case in Kansai Minamata Disease First Instance Litigation (July 11th,1994[2245]) adopted a similar approach. Nevertheless, "the theory of probability conviction" is severely criticized especially by professors of Civil Procedure Law. We cannot say that this theory is adopted by the dominant judicial decisions and the dominant doctrines.

(c) Environmental Dispute Coordination Commission adjudication concerning unidentified chemicals

[2244] Hanreijiho, extra issue of Apr. 25th, 1992, p.1.
[2245] Hanreijiho vol. 1506, p.5.

19. This case is the Environmental Dispute Coordination Commission adjudication of June 26th, 2002 about "Suginami Disease" that relates closely to the idea of PP. This is not a litigation case but it is important. This disease was named because it broke out in Suginami ward in Tokyo. This disease is a kind of chemical hypersensitivity, but the substance causing it has not been discovered yet. In this adjudication a non-burnable waste temporary storage facility belonging to Tokyo Metropolitan Government was recognized as the facility causing the disease. This adjudication concluded that there was no alternative but to presume that the disease was caused by a certain chemical substance emitted by the storage facility during its operation. This adjudication did not stress the causation between a certain substance and damage.

In my opinion, it was necessary for Tokyo Metropolitan Government to stop the facility when a group of neighbours filed a suit regarding "Suginami Disease" and several doctors identified the unreasonable risk of chemicals from the facility even if plaintiffs could not identify the substances that caused the disease.

3 Cases where judges did not issue a remedy because there was scientific uncertainty

(1) Cell-phone tower cases

20. No courts issued injunctions to stop the operation of cell-phone towers when plaintiffs demanded them.

（a） Cell-phone tower case in Kurume City

21. The Fukuoka Court of Appeal （Sep. 14th, 2009[2246]）regarding a cell-phone tower in Kurume City case decided that the electromagnetic waves released from the tower were too far below the legal standard value to bring about health damage. It was thought the waves did not pose a concrete risk to the health of the residents when considering research results and foreign countries' regulations. This court did not admit the injunction to stop the operation of cell-phone towers because the waves did not exceed the tolerable limit.

This court referred to the case of Versailles Court of Appeal in Feb. 4th, 2009. The Versailles Court of Appeal concluded that it was reasonable to order the removal of the cell-phone tower because the uncertainty of risk remains, and the court maintained the original court decision[2247]. However, the Fukuoka Court of Appeal did not adopt this way of thinking.

The Fukuoka Court of Appeal determined that the waves did not meet the conditions of epidemiology. It held that waves released from the cell-phone tower were far below the legal standard value, and it concluded that the legal standard value in Japan was not regarded as unreasonable because ICNIRP guideline and the legal standard value in Japan had many common features. This court also decided that it
was difficult to bring in PP when proving the causation in litigations.

[2246] Hanrei Times vol.1337,p.166.

[2247] The Fukuoka District Court Kurume Branch decision , Feb. 4th, 2006, Hanreijiho vol.1337,p.184.. This court also concluded that the waves were not regarded as posing a concrete risk to the health of the residents.

（ｂ） Cell-phone tower case in Kumamoto City

22. The Fukuoka Court of Appeal（Sep. 14th, 2009[2248]） issued another decision on the same day regarding the case of a cell-phone tower in Kumamoto City. This decision concluded that the electromagnetic waves released from the tower were not regarded as posing a concrete risk to the health of the residents. It indicated many points similar to those in (a) above, but it added two new points. Firstly, it suggested that PP depends on each country's legislation policy. Secondly, this court considered the approach to prove concrete danger under PP as the plaintiffs demanded. The court pointed out that, according to this approach, if the plaintiffs succeeded in showing the possibility of health damage with "a considerable basis", it could issue an injunction to stop the defendant's activity except in the case where the defendant showed that the activity was safe. The court concluded that the plaintiffs did not succeed in showing the possibility of health damage with "a considerable basis" even when the court adopted the approach above.

In addition, this court also referred to the decision of Versailles Court of Appeal on Feb. 4th ,2009. However, it stated that "this is only one decision".

(2) High-Voltage Power Lines cases

23. In an old case where injunctions against high-voltage power lines were demanded, Tokyo District Court(Dec.26th,1957[2249]) dismissed the demand. This court concluded that the electric company committed no violation against the neighbors' properties. There is no prima facie evidence that there is intolerable howling noise in the daily life of residents. According to this decision, "although there is a little risk due to high-voltage power lines, we cannot say the neighbourhood is exposed to a risk when we consider that the risk concerns the public project of electric power supply".

Because this case is old, the plaintiffs did not argue the risk of leukemia due to high-voltage power lines.

(3) Unidentified or Unregulated chemicals

24. Osaka Court of Appeal Case regarding Neyagawa recycling facility (Jan.25th, 2011[2250]) dealt with the case of chemical sensitivity. In this case, plaintiffs argued that they were exposed to hazardous substances and volatile organic compounds (hereinafter, VOC) released from the waste plastic treatment process of a recycling facility in Neyagawa in Osaka. They demanded that the court issue an injunction to stop the operation of the facility. However, the court dismissed this demand.

The decision of this court indicated the following points. "The fact that there are many unidentified or unregulated substances included in the VOC released from the facility and the fact that the toxicity of these substances has not been clarified scientifically cannot be a basis for the nearby residents to demand an injunction even if it could be a basis of regulation or voluntary management of the business that releases VOC".

We cannot avoid the general anxiety due to the release of unidentified or unregulated substances into the air. In addition, it is necessary to continue research on these unregulated substances for which standards such as environmental standards have not been set yet. However, there is an

[2248] Hanreijiho vol. 1332,p.121.
[2249] Kakyusaibansho Minji Saibanreishu vol.8, no.12, p.2490.
[2250] LLI/DB Hanreihisho (Heisei 20 (ne) No. 2736).

administrative plan to investigate the existence and the extent of risk based on the current established scientific knowledge about these substances. Such investigation has not been carried out yet for all unidentified substances and some unregulated substances.

23. According to this decision, the scientifically certain acknowledgement is necessary in order to issue an injunction to stop the operation of facilities. Although this decision points out the necessity of the administration to continue research on unregulated substances, it exonerates the administration only because the administration plans to investigate the existence and the extent of the risk of unregulated substances.

4 Trends of court decisions and doctrines regarding cases with scientific uncertainty

(1) Trends of court decisions

26. We can point out four trends of Japanese court decisions regarding cases with scientific uncertainty.

Firstly, there is a group of litigations, i.e. "Precautionary Scientific Litigations" (as mentioned in 3(2)(a)(i)) which has the characteristic that the defendant has much more proof concerning the risk than the plaintiffs. Lower courts adopt a unique determination method considering scientific uncertainty in injunction cases.

Secondly, in compensation cases, some lower court decisions admitted the fault of the defendant in the cases where no concrete causal substance was identified due to scientific uncertainty. We can find these decisions in the field of pollution (as mentioned in 3(2)(b)(i)) and drug-induced disease[2251]. This trend is strongly supported by doctrines. However, identifying causation in cases where only "a considerable extent of possibility" is proved due to scientific uncertainty is still criticized by doctrines, though there are some lower court decisions that admit causation and partial damages in such cases.

Thirdly, we can say that it is necessary to, at least, prove causation "to a considerable extent" for issuing injunction and/or awarding damages in these cases. This point is shown in items 2 and 3 above.

Fourthly, decisions of lower courts about injunctions in cases of landfill sites and nuclear power plants apparently differ from those in cases of cell-phone towers and unidentified or unregulated chemicals. Damages were awarded in cases of unidentified plaintiffs of Minamata disease.

This characteristic shows that injunctions and/or damages cannot be issued or awarded in cases with absolute scientific uncertainty or with a genuine hypothetical risk. Defining the "considerable extent" is an important but difficult issue.

Why were injunctions issued in landfill site cases and nuclear power plant cases, but were not issued in cell-phone tower cases and unidentified or unregulated chemicals cases? In my opinion, to judges, plaintiffs proved the causation "to the considerable extent" for the former two cases, but they did not prove it for the latter two cases.

[2251] Tokyo District Court decision in Tokyo Subacute Myelo-Optico-Neuropathy (SMON) litigation (August 3rd,1978), Hanreijiho vol.899, p.48.

However, in unidentified or unregulated chemicals cases, there are real victims, so courts could identify the considerable extent causation taking into account all factors that could cause the disease of chemical hypersensitivity.

(2) Trends of doctrines

27. We can point out that some doctrines support the notion of the "right for a tranquil life" as the right to deal with the anxiety of an ordinary person[2252]. Some doctrines argue that it is not necessary to specify the name of a disease in the determination of the foreseeability concerning the disease of chemical hypersensitivity when the court judges the condition of fault in sec. 709 of Japanese Civil Code[2253]. This provision corresponds to sec. 1382 of French Civil Code.

5 Comparison of French and Japanese Law regarding how to deal with scientific uncertainty

(1) Similarities

28. There are many similarities between the French and Japanese legal position regarding how to deal with scientific uncertainty. Firstly, both countries share the idea that the most important remedy for cases with scientific uncertainty is precaution, i.e. injunction and research. Secondly, doctrines in both countries pay much attention to fundamental rights such as the "right for a tranquil life" or the environmental right.

(2) Differences

29. However, there are two differences. Firstly, France has the provision of PP in the Environmental Charter, but Japan does not. This point relates to the fact that the "Cour de Cassation" admits that PP is used as the norm that applies to the relation among private persons. However, the most important reason why French lower courts admit the remedy for injunction in cases with scientific uncertainty is the dominant competence of judges of lower courts for the interpretation of law. Therefore, it is not necessary to overestimate the difference between both countries regarding the presence or the absence of the provision of PP. Secondly, in France, the competence of the judicial courts to issue an injunction against the facilities that have permits from the administration is limited. It is also very difficult to get an injunction order from administrative courts. However, in Japan, there is no administrative court system as mentioned in 1. Courts can issue an injunction against facilities even when they have permits from the administration. This difference seems to be very important.

6 Conclusion

(1) Injunction cases

30. Japanese lower courts have issued injunctions in "Precautionary Scientific Cases" even when PP was not known or not approved for utilization in civil injunction cases. Scientific Uncertainty is taken up for discussion in two cases:1)cases where risk is unknown, 2)cases where risk is known but there are scientific conflicts and no dominant scientific idea about whether the risk is marginal or not and/or what the causal substance is. In injunction cases only the 2nd case is dealt with.

[2252] Takehisa Awaji, "Injunctions based on Personal Right and Environmental Right" Hanrei Times vol. 1062, p.154 (2001).

[2253] Yoshio Shiomi, "Chemical Hypersensitivity and the fault in Civil responsibility" *in* Takao Tanase (ed.), CITIZEN SOCIETY AND RESPONSIBILITY (2007) at p.197.

In my opinion, courts should relax the burden of proof and utilize the "right for a tranquil life" in civil injunction cases including scientific uncertainty such as landfill waste site cases and nuclear power plant cases.

Here, I would like to express my opinion about the determination method considering scientific uncertainty in nuclear power plants' injunction cases because this issue is very important now in Japan.

Generally speaking, we should consider the limit of courts' ability to understand advanced technology. The Fukui District Court regarding Ohi Nuclear Power Plant case (May 21st ,2014) could judge the risks of the damage that actually happened in the Fukushima Nuclear Power Plant accident. However, there were many other kind of risks whose extent could not be determined by courts when they rejected the above-mentioned two types of procedures to prove concrete danger.

Therefore, we should adopt one of the two above-mentioned procedures. In my opinion, we should not adopt "Ikata type" approach. This is because the "Ikata type" approach does not relax the burden of proof of plaintiffs at all, even though there is a wide information gap between plaintiffs and defendants. In many cases where the "Ikata type" approach was adopted, courts admitted that the defendant provided proof by showing that there were considerable grounds and that the facility did not lack safety, when the defendant showed that he had succeeded in conforming to the regulation standards set by the government.

On the contrary, the "considerable causation approach" is preferable. In the "considerable causation approach" the burden of proof of plaintiffs is relaxed. In my opinion, in order not to impose an impossible task on the defendant, we should set the "permissible limit" of the "concrete danger" that the defendant should produce as counterevidence in the "considerable causation approach". I think this "permissible limit" is the "safety target" of nuclear reactors that the Nuclear Regulatory Committee consented to in 2013. The "safety target" is that the occurrence possibility of accidents in which the Cesium discharge amount exceeds 100TBq should not be more than one time in one million reactor years.

As the operation of nuclear power plants has scientific uncertainty to cause nuclear accidents that result in serious damage and the "Considerable causation approach" relaxes the burden of proof of plaintiffs, we can say PP is applied in a court decision that adopts the "Considerable causation approach"[2254].

(2) Compensation cases

31. In compensation cases, the fault of the defendant has been admitted by lower courts even in the case where the concrete causal substance was not identified due to scientific uncertainty. This trend is strongly supported by doctrines. When we take into account scientific uncertainty in these cases, one solution is to establish non-fault liability provisions for such cases. In 1974 the Act for preventing air pollution and the Act for preventing water pollution already introduced

[2254] Tadashi Otsuka, "The Significance and Future Task of the First Instance Case Regarding Ohi Nuclear Power Plant Operation Injunction Litigation" Hogaku Kyoshitsu vol. 410 (2014), p.84.

non-fault liability provision for the case of health damage due to certain substances. We have to discuss whether we should extend these provisions or not[2255].

[2255] In a malpractice case the Supreme Court (Sep.22th, 2000, Saikosaibansho Minji Hanreishu vol.54-7, p.2574.) identified "a considerable possibility of life" as an interest protected by law in sec.709 of Civil Code in the case where there is no "high probability" proof but there is "a considerable possibility" proof of the causation between the malpractice and the death of the victim. In this decision the plaintiff was admitted partial damages. This is not the case with scientific uncertainty, but that with clinical uncertainty. However, in my opinion, there is some possibility to extend this decision for cases with scientific uncertainty. As Acting Prof. Taro Nakahara suggests, the theory of ≪perte d'une chance≫ has not been applied in France in cases where victims were exposed to the risk with scientific uncertainty. However, "a considerable possibility of life" that the Japanese Supreme Court admitted seems to be different from the theory of ≪perte d'une chance≫.

PARTIE 5 – AFRIQUE

1. AFRIQUE DU SUD

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT SUD-AFRICAIN. ANALYSE DES RESPONSABILITÉS CIVILE ET PÉNALE

Jonas Knetsch et Romain Ollard
Professeurs à l'Université de La Réunion

Méthode de la recherche. Lors de notre voyage de recherche en Afrique du sud qui s'est déroulé sur une semaine environ, du 1er au 9 mai 2014, nous avons pu rencontrer une dizaine d'interlocuteurs (v. liste et qualités des interlocuteurs rencontrés en fin de document), essentiellement des universitaires mais aussi des praticiens du droit, sélectionnés à l'avance soit pour leur expertise particulière s'agissant du principe de précaution soit en raison de leurs compétences en droit de la responsabilité, civile ou pénale. Les entretiens, qui se sont déroulés après avoir communiqué à nos interlocuteurs un questionnaire destiné à orienter leurs propres recherches, furent d'un intérêt assez inégal et, paradoxalement, les apports principaux sont venus d'interlocuteurs n'étant pas nécessairement spécialistes du principe de précaution, ce qui s'explique sans doute par le fait qu'en droit sud-africain, le principe est essentiellement étudié par des publicistes et des spécialistes de droit de l'environnement, non nécessairement au fait des thématiques du droit de la responsabilité. Les entretiens menés n'en furent pas moins enrichissants, non seulement afin de mieux appréhender le système légal sud-africain et les différents instruments normatifs consacrés au principe de précaution mais encore d'avoir accès à d'importantes sources documentaires.

Apports principaux de la recherche. La recherche en Afrique du sud aura permis de mettre en lumière un certain nombre de mécanismes juridiques et de techniques originales qui pourraient peut-être inspirer le droit français de la responsabilité désireux d'intégrer le principe de précaution en son sein.

Apports essentiels en droit de la responsabilité civile :

Le phénomène de pénétration du droit sud-africain de la responsabilité civile par le droit constitutionnel : p. 4 et s.
La mesure d'injonction de cessation d'une activité (« *interdict* ») : p. 6

Apports essentiels en droit de la responsabilité pénale :

L'existence de délits spéciaux de mise en danger : p. 10 et s.
La prise en considération par le droit pénal de l'autorisation administrative d'exploitation d'une activité dangereuse : p. 12 et s.
Les sanctions pénales préventives : p. 13 et s.

1. Consacré par différents instruments normatifs, le principe de précaution a intégré le droit positif sud-africain[2256]. Diverses remarques s'imposent toutefois : d'abord, le principe de précaution n'est pas consacré de manière autonome mais seulement à travers le concept de développement durable (*sustainable development*) auquel se réfère la Constitution sud-africaine[2257] et dont les principes directeurs sont énumérés dans le *National Environmental Management Act (NEMA)* de 1998[2258]. Ensuite, le principe est essentiellement envisagé sous l'angle du droit public comme s'imposant aux autorités publiques. Enfin, le principe de précaution semble pour l'heure constituer moins un principe doté d'une portée normative certaine qu'une déclaration de principe destinée à orienter l'action législative et administrative.

2. À cet égard, une distinction essentielle a été faite par nos interlocuteurs entre le *principe* de précaution (*precautionary principle*), tel que décrit par la section 2 du *NEMA* de 1998, qui s'appliquent aux autorités publiques, et l'*approche* de précaution (*precautionary approach*). D'une portée normative plus large, ce dernier concept fait partie intégrante du droit de la responsabilité civile et pénale en imposant aux justiciables de prendre les mesures de précaution adéquates afin de prévenir un dommage. Un comportement incompatible avec de tels préceptes peut dès lors conduire à une responsabilité civile ou pénale.

3. Dans ces conditions, en l'état actuel du droit positif, le droit de la responsabilité, civile et pénale, reste hermétique au *principe* de précaution, aucune décision jurisprudentielle n'ayant pour l'heure expressément et officiellement admis l'intégration du principe de précaution en droit de la responsabilité, civile ou pénale.

4. Pour autant, la réglementation actuelle est propice à une ouverture du droit sud-africain au principe de précaution et plusieurs de nos interlocuteurs nous ont fait part de leur espoir de voir les juridictions sud-africaines prendre davantage en considération les principes directeurs du droit de l'environnement auxquels renvoie la Constitution sud-africaine. Par conséquent, notre

---

[2256] À notre connaissance, une seule étude a été spécifiquement consacrée à la place du principe de précaution en droit sud-africain : P. KANTOR, « The Establishment of the Precautionary Principle in South African Environmental Law », Conférence tenue le 24 septembre 2011 lors du colloque annuel de la *Environmental Law Association* sud-africaine. – À cette étude s'ajoutent les ouvrages de droit de l'environnement qui ne font que mentionner le principe de précaution comme l'un des principes directeurs de la matière sans aborder cependant la question de sa mise en œuvre pratique. Cf. J. GLAZEWSKI, *Environmental Law in South Africa*, 3e éd. 2012, p. 25 et M. KIDD, *Environmental Law*, 2e éd. 2011, p. 8. V. aussi A. P. AGBONJINMI, *Enforcement of Criminal Offences in Terms of the National Water Act 36 of 1998*, 2007, p. 86 et s.

[2257] Section 24 de la Constitution (Act 108 of 1996) : « Everyone has the right […] to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that […] secure ecologically sustainable development […] ».

[2258] Section 2(4)(a) du National Environmental Management (Act 107 of 1998) : « Sustainable development requires the consideration of all relevant factors including the following: […] (vii) that a risk-averse and cautious approach is applied, which takes into account the limits of current knowledge about the consequences of decisions and actions […] ». (C'est nous qui soulignons.)

rapport se veut essentiellement une analyse prospective de la place du principe de précaution en droit sud-africain, tant en matière de responsabilité civile (I) que dans le domaine de la responsabilité pénale (II).

I. Principe de précaution et responsabilité civile

5. Le droit sud-africain de la responsabilité civile[2259] se caractérise par son approche générale (*generalising approach*), c'est-à-dire par un régime de droit commun qui peut s'appliquer à n'importe quel type de dommage[2260]. Cette approche générale et non casuistique éloigne le droit sud-africain de la *Common Law* et le rapproche des solutions retenues par les systèmes juridiques continentaux[2261]. La proximité entre le modèle sud-africain de la « *Law of Delict* » et la structure du droit français de la responsabilité civile[2262] justifie que nous nous soyons intéressés à l'incidence potentielle du principe de précaution sur les conditions (A) et les effets (B) de la responsabilité civile.

A. L'incidence du principe de précaution sur les conditions de la responsabilité civile

6. En droit sud-africain, l'établissement d'une responsabilité civile nécessite la preuve de cinq conditions : un comportement du défendeur (*conduct*), la *wrongfulness* de ce comportement, la *fault* du défendeur, un dommage (*harm*) ainsi qu'un lien de causalité (*causation*)[2263]. Si l'ensemble de ces éléments sont établis, le comportement sera qualifié de « *delict* » et permettra au demandeur d'obtenir la réparation de son dommage ou un autre *delictual remedy*[2264].

7. Contrairement aux apparences, la *wrongfulness* (que l'on pourrait traduire par « illicéité ») ne correspond pas à la notion de négligence ou de faute que nous connaissons en droit

[2259] Pour désigner cette branche du droit, les auteurs sud-africains utilisent l'expression « *Law of Delict* » afin de souligner la nature hybride du système juridique. Pour une présentation générale et détaillée de la matière, cf. not. J. NEETHLING/J. POTGIETER/P. VISSER, *Law of Delict*, 6e éd. 2010 ; M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012 et J. VAN DER WALT/R. MIDGLEY, *Principles of Delict*, 3e éd. 2005

[2260] Sur les quelques régimes particuliers hérités du droit romain et inspirés du droit anglais, cf. M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012, p. 27 et s.

[2261] Sur les racines romano-hollandaises et anglaises du droit sud-africain de la responsabilité civile, cf. J. NEETHLING, « Tort Law in South Africa : The Mixing of the General and the Particular », in : J. Smits (sous la dir.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, 2001, p. 81 et s. ainsi que A. VAN ASWEGEN, « Aquilian Liability I (Nineteenth Century) », in : R. Zimmermann/D. Visser (sous la dir.), *Southern Cross : Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996, p. 559.

[2262] Ce lien a été souligné à maintes reprises par les juridictions sud-africaines. Ainsi, la Cour suprême a précisé, dans l'affaire *Perlman v Zoutendyk* que « Roman-Dutch Law approaches a new problem in the continental rather than the English way, because in general all damage caused unjustifiably (*injuria*) is actionable, whether caused intentionally (*dolo*) or by negligence (*culpa*). » (1934 CPD 151)

[2263] Pour une présentation succincte de ces conditions, cf. J. NEETHLING, « Tort Law in South Africa : The Mixing of the General and the Particular », art. préc., p. 84 et s.

[2264] Cf. *infra* sous I. B.

français. De manière générale, un *wrongful act* est défini comme un comportement qui porte atteinte à un intérêt d'autrui reconnu par la loi d'une manière répréhensible. Afin d'apprécier le caractère illicite du comportement, le juge se référera en premier lieu aux *boni mores*, c'est-à-dire aux normes qui correspondent aux « *legal convictions of the community* ».

8. La mise en œuvre du critère de *boni mores* est facilitée par l'admission de plein droit de la *wrongfulness* en cas d'atteinte à l'une des cinq catégories de droits subjectifs reconnues par la loi, à savoir les droits réels (*real rights*), les droits de la personnalité (*personality rights*), les droits personnels (*personal rights*), les droits de propriété immatérielle (*immaterial property rights*) et les droits personnels de propriété immatérielle (*personal immaterial property rights*). S'agissant de la responsabilité à raison d'un acte d'omission, la jurisprudence sud-africaine admet la *wrongfulness* si le défendeur était tenu d'un devoir légal d'agir (*legal duty of act*).

9. Aux côtés de la *wrongfulness*, la deuxième condition de la *fault* peut paraître superflue aux yeux du juriste français. Au titre de cette condition, le juge sud-africain appréciera cette fois-ci non pas le caractère licite ou illicite du comportement litigieux, mais l'état d'esprit du défendeur au moment de l'acte. Autrement dit, il s'agit de porter un jugement sur la personne du défendeur. Les deux formes de *fault* reconnues par la jurisprudence sont l'intention (*dolus*) et la négligence (*culpa*). Le défendeur agissait-il intentionnellement, animé par la volonté de causer un dommage à autrui et sachant que son comportement était illicite ? Ou peut-on relever une simple négligence, c'est-à-dire une méconnaissance de la prévisibilité du dommage (*foreseeability*) et de la possibilité de prévenir celui-ci (*preventability*) ?

10. Très débattue dans la doctrine sud-africaine[2265], la difficile distinction entre *wrongfulness* et *fault* ne doit pas masquer les potentialités de ces deux notions pour intégrer le principe de précaution au sein du droit de la responsabilité civile. Tout d'abord, la condition de *wrongfulness* est un instrument qui permet au juge de tenir compte de *policy considerations*, c'est-à-dire d'éléments de politique juridique ou jurisprudentielle afin de sanctionner ou non un comportement ou une omission ayant causé un dommage[2266]. À plusieurs reprises, les juridictions ont fait appel aux normes constitutionnelles et légales pour retenir ou rejeter le caractère *wrongful* des faits litigieux pour rendre le jugement conforme aux choix politiques effectués par le législateur et le

[2265] Sur ce débat, cf. A. FAGAN, « Rethinking Wrongfulness in the Law of Delict », *South African Law Journal* 2005, p. 90; J. NETHLING, « The Conflation of Wrongfulness and Negligence: Is it always such a bad thing for the Law of Delict? », *South African Law Journal* 2006, p. 204; R. NUGENT, « Yes, it is always a bad thing for the law: A Reply to Professor Neethling », *South African Law Journal* 2006, p. 557 ; J. NEETHLING/J. POTGIETER, « Wrongfulness and Negligence in the Law of Delict: A Babylonian Confusion? », *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 2007, p. 120 ainsi que M. LOUBSER, « Unlawfulness in the South African Law of Delict: Focus Areas in the Debate », in : T. Boezaart/P. de Kock (sous la dir.), *Vita perit, labor non moritur – Liber memorialis PJ Visser*, 2008, p. 117. – Cf. aussi, J. NEETHLING, « Wrongfulness in South African Law of Delict », in : H. Koziol, *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 1998, p. 104.

[2266] M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012, p. 152 et s.

pouvoir constituant[2267]. Il ne paraît dès lors pas inconcevable que les juridictions sud-africaines saisissent cette notion afin de se référer au principe de précaution, tel que consacré au *National Environmental Management Act*.

11. Puis, la condition de *fault* avec son test de *foreseeability* et de *preventability* pour apprécier la *negligence* du défendeur paraît, elle aussi, propice à une introduction du principe de précaution dans la matière. Il est admis, en effet, que les critères de prévisibilité du dommage et de possibilité de le prévenir (*preventability*) s'apprécient souplement et doit être mis en balance avec le coût et la difficulté des mesures de prévention de risque et l'ampleur du dommage potentiel[2268]. Si la jurisprudence sud-africaine ne semble pas, à notre connaissance, faire de différence entre un risque avéré et un risque inconnu, le cadre juridique est à même de sanctionner des « fautes de précaution » sans que la structure actuelle du droit de la responsabilité en sorte bouleversée.

12. Quant à l'exigence d'un dommage (*harm*) subi par le demandeur, il n'y a pas pour l'instant de signes jurisprudentiels qu'un simple risque de dommage puisse donner lieu à une action en responsabilité civile[2269]. Contrairement au droit français, le droit sud-africain dresse un double obstacle à l'introduction d'une telle perspective préventive dans le système de la responsabilité civile. En effet, outre l'exigence d'un dommage, la Cour suprême d'Afrique du Sud a décidé qu'un comportement, fût-il répréhensible, ne pourra être considéré comme *wrongful* en l'absence d'une atteinte effective à un droit personnel ou patrimonial du demandeur[2270].

13. S'agissant enfin de la condition du lien de causalité (*causation*), le droit sud-africain se caractérise par une approche en deux temps[2271]. Le défendeur devra établir dans un premier temps que l'acte du défendeur est une *conditio sine qua non* du dommage. Cette première étape du raisonnement par laquelle est vérifiée la causalité dite « de fait » (*factual causation*), se rapproche d'une application de la théorie de l'équivalence des conditions telle que connue en droit français. Dans un deuxième temps, les juridictions vérifient que le comportement du défendeur est suffisamment proche pour qu'une responsabilité puisse être retenue. L'appréciation de cette causalité dite « légale » (*legal causation*) n'obéit à aucun critère particulier, si ce n'est la proximité entre

---

[2267] Cf. les références citées par M. LOUBSER, « Unlawfulness in the South African law of delict: Focus areas in the debate », art. préc., p. 126, note 46 et M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012, p. 153 et s.

[2268] M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012, p. 124 et s. et

[2269] Un dommage futur (*prospective harm*) ne peut donner lieu à réparation que s'il est relié à un dommage effectivement subi. Cf. J. MIDGLEY/J. VAN DER WALT, *v°* Delict, in : W. Joubert (sous la dir.), *The Law of South Africa*, 2e éd. 2005, vol. 8/1, nos 1 et s., spec. n° 41 (« Prospective harm is actionable only if it is linked to harm which has already materialised. »).

[2270] Cf. l'arrêt rendu dans l'affaire *Pinchen v Santam Insurance Co Ltd* (1963 2 SA 254 (W)). Sur ce point, cf. J. NEETHLING, « Tort Law in South Africa : The Mixing of the General and the Particular », art. préc., p. 84 et s.

[2271] Sur ce point, cf. . MIDGLEY/J. VAN DER WALT, *v°* Delict, in : W. Joubert (sous la dir.), *The Law of South Africa*, 2e éd. 2005, vol. 8/1, nos 1 et s., spec. nos 128 et s.

l'acte commis par le défendeur et la conséquence dommageable, proximité qui est appréciée en fonction de considérations d'équité (*reasonableness*, *fairness* et *justice*).

14. L'approche quelque peu flexible de la causalité rend cet élément suffisamment malléable pour que le principe de précaution puisse assouplir la preuve de cette condition. Une telle analyse purement prospective se trouve, en effet, corroborée par une récente décision de la Cour constitutionnelle[2272] dans laquelle les juges ont admis l'établissement du lien de causalité sur la base d'un faisceau d'indices, afin de garantir les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Peu explicite sur cet aspect, la décision a été remarquée pour l'influence exercée par le droit constitutionnel sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile[2273]. Il n'est pas inconcevable que les juridictions sud-africaines s'appuieront dans l'avenir sur cette démarche et déduiront du droit constitutionnel à la protection de l'environnement consacré par la section 24 de la Constitution un assouplissement de la preuve du lien de causalité.

B. L'incidence du principe de précaution sur les effets de la responsabilité civile

15. Une fois que le demandeur a prouvé les éléments constitutifs d'un délit, le juge pourra ordonner l'un des effets de la responsabilité civile (*delictual remedies*)[2274]. L'objectif général de la responsabilité civile est d'allouer à la victime une indemnité qui compense le dommage que celle-ci a subi. La rigueur du droit sud-africain s'agissant de l'exigence d'un dommage effectivement subi[2275] fait en principe obstacle à ce que le juge puisse ordonner une mesure préventive au titre de la responsabilité civile sous la forme de dommages-intérêts (*damages*).

16. Néanmoins, le juge dispose d'un autre instrument afin de prévenir un dommage qui n'est pas encore survenu, mais risque de léser les intérêts du demandeur. Dans ce dernier cas, les juridictions peuvent ordonner la cessation d'un comportement qui est susceptible de causer un dommage au demandeur. Une telle injonction de cessation (*interdict*)[2276] est peut-être le moyen le plus efficace pour intégrer le principe de précaution dans le contentieux de la responsabilité civile. Si le droit sud-africain opère une distinction entre une injonction de cessation temporaire ou définitive (*final interdict* ou *interim interdict*), l'une des conditions essentielles est commune aux deux

[2272] *Dudley Lee v Minister for Correctional Services* [2012] ZACC 30. Sur cette decision, cf. A. FAGAN, « Causation in the Constitutional Court: Lee v Minister of Correctional Services », *Constitutional Court Review* 2013, p. 5.
[2273] Cf. en particulier la note de jurisprudence d'A. FAGAN (note précédente).
[2274] Sur les effets de la responsabilité civile en droit sud-africain, cf. not. M. LOUBSER/R. MIDGLEY, *The Law of Delict in South Africa*, 2e éd. 2012, p. 399 et s. ainsi que Cf. J. MIDGLEY/J. VAN DER WALT, *v°* Delict, in : W. Joubert (sous la dir.), *The Law of South Africa*, 2e éd. 2005, vol. 8/1, nos 1 et s., spec. nos 139 et s.
[2275] Cf. *supra* sous I. A.
[2276] Sur cette forme d'injonction (*court order*), cf. l'étude détaillée C. PREST, *The Law & Practice of Interdicts*, 2005 ainsi que L. HARMS, *v°* Interdict, in : W. Joubert (sous la dir.), *The Law of South Africa*, 2e éd. 2008, vol. 11, nos 389 et s.

mesures : Le demandeur doit établir une atteinte à l'un de ses droits subjectif, atteinte qui doit être soit actuelle, soit « *reasonably apprehended* »[2277].

17. C'est en s'appuyant sur cette dernière formule que le principe de précaution pourrait s'introduire dans le droit de la responsabilité. Dès lors qu'une atteinte ne doit pas nécessairement être actuelle, mais peut être seulement « *reasonably apprehended* », il serait possible au juge sud-africain de prescrire des mesures de cessation d'une activité dont le risque est pour l'heure mal défini, voire incertain[2278].

II. Principe de précaution et responsabilité pénale

18. Si, pour l'heure, le principe de précaution n'a pas officiellement pénétré la sphère du droit pénal sud africain, certaines des infractions existantes sembleraient pouvoir s'appliquer à des hypothèses de violation du principe de précaution (A). Par ailleurs, les mécanismes de responsabilité (B), qu'il s'agisse des faits justificatifs ou des sanctions pénales, pourraient peut-être inspirer le droit français désireux d'intégrer le principe de précaution en son sein.

A. Infractions et principe de précaution

19. Aucune décision jurisprudentielle n'est pour l'heure venue consacrer la pénétration du principe de précaution au sein des infractions pénales d'imprudence. Une telle extension semblerait toutefois possible aussi bien sur le terrain des délits généraux (1) que des délits spéciaux (2) d'imprudence, au terme d'une analyse qui se veut là encore essentiellement prospective.

1) L'intégration du principe de précaution au sein des délits généraux d'imprudence

20. Les délits généraux d'imprudence sont des infractions issues de la *common law*, sanctionnées en dehors de toute prescription légale[2279]. Les délits généraux consistent uniquement en des infractions matérielles – homicide ou blessures non intentionnels – supposant pour leur consommation un préjudice effectif subi par une victime déterminée. Il n'existe pas en effet d'infractions formelles réprimant de manière générale la mise en danger, applicables à tout type de risque, comme il peut en exister en droit français (CP, art. 223-1). Seules certaines lois spéciales incriminent certains risques particuliers, notamment dans le domaine du droit de l'environnement (v. infra).

[2277] On pourrait traduire cette formule par « atteinte raisonnablement redoutée ».
[2278] Sur ce point, cf. en particulier L. HARMS, *v°* Interdict, art. préc., n° 398, note 3 (avec de nombreuses références jurisprudentielles).
[2279] C.R. Snyman, *Criminal law*, 5ème éd., 2006, n° 3.

21. Certes, s'agissant d'infractions matérielles supposant la constatation d'un dommage effectivement survenu, la prise en considération du principe de précaution est, comme en droit français, nécessairement limitée : dans la mesure où ces infractions s'appliquent uniquement en cas de réalisation du dommage, elles semblent de prime abord s'opposer au sens préventif du principe de précaution[2280]. Mais s'il est vrai que ces infractions impliquent la réalisation d'un dommage avéré, elles n'en sont pas moins susceptibles de sanctionner une faute de précaution lorsque le risque incertain s'est effectivement réalisé. Il serait d'ailleurs surprenant que le principe de précaution, exclusivement préventif et destiné à éviter la survenance du dommage, ne puisse être appliqué lorsque ce risque, un temps incertain, s'est finalement concrétisé par la réalisation d'un dommage.

22. Comme en droit français, les termes employés semblent suffisamment larges pour permettre l'intégration du principe de précaution : les notions d'imprudence, de négligence, de manquement aux obligations aux obligations de sécurité, non limitées aux seuls risques avérés, ne semblent pas exclusives de la prise en considération d'un risque simplement incertain. Dès lors, l'obstacle, souvent avancé, du principe de légalité criminelle qui s'opposerait à l'introduction du principe de précaution au sein des infractions de droit commun[2281], est largement théorique tant il est vrai que les incriminations sont rédigées de manière particulièrement large en matière d'imprudence[2282]. L'analyse est encore plus nette en droit sud-africain puisque les délits généraux d'imprudence sont des infractions issues de la *common law*, sanctionnées en dehors de toute prescription légale.

23. Est-ce à dire pour autant que les pouvoirs du juge sont plus importants en droit sud-africain qu'en droit français dès lors que, s'agissant d'un droit non écrit, le juge n'est pas tenu par les termes de la loi de sorte qu'il disposerait d'une plus grande latitude pour intégrer le principe de précaution au sein des infractions d'imprudence ? Rien n'est moins sûr car s'il est vrai que le principe de légalité criminelle ne peut pas être conçu comme en droit français dans un sens purement formel renvoyant à l'exigence d'un texte écrit, l'exigence de légalité criminelle n'est pas pour autant abandonnée en droit sud-africain. Le principe de légalité criminelle acquiert simplement une autre signification – matérielle –, renvoyant à l'exigence d'une norme prévisible, laquelle est atteinte par la règle du précédent, les juridictions de degré inférieur étant tenues de respecter les décisions des juridictions de rang supérieur. Il n'en demeure pas moins que dans un système de *common law*, les juges répressifs disposent sans doute d'une marge de manœuvre plus importante que dans les pays de

[2280] M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, 2005, n° 35.
[2281] En ce sens, G. J. Martin, « Précaution et évolution du droit », D. 1995, Chr. 299 ; Ch ; Radé, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?, Rev. Jur. Envir., 2000, n° spécial, 75. *Adde*, Mayer, D. 2003, J. 1315, note sous Cass. crim. 19 novembre 2002.
[2282] Ph. Kourilsky, G. Viney, Rapport, p. 168 qui évoque « l'existence d'incriminations vagues dans lesquelles pourraient s'insinuer le principe de précaution ».

droit écrit, ce qui pourrait constituer, en droit sud-africain, le terreau de l'intégration du principe de précaution au sein des délits généraux d'imprudence.

24. Au titre de l'élément matériel des délits généraux d'imprudence en premier lieu, la constitution des infractions implique d'abord la réalisation d'un préjudice effectif ce qui semble *a priori* exclure l'intégration du principe de précaution. Toutefois, comme il a été dit, les délits généraux d'imprudence permettrait de sanctionner, de manière rétrospective, un défaut de précaution en présence d'un risque incertain qui s'est finalement révélé dommageable (v. supra).

25. Afin de caractériser la faute constitutive de l'élément matériel, le droit sud-africain raisonne, comme en droit français, sur un standard abstrait de référence en se demandant si, dans des circonstances semblables, un individu normalement diligent aurait adopté une conduite similaire (« *the reasonable person concept* »)[2283]. Il y aura alors faute d'imprudence en présence d'un écart de conduite avec ce *standard de référence*. Or, une telle appréciation abstraite de la faute pénale d'imprudence, aussi bien en droit français qu'en droit sud-africain, pourrait permettre l'intégration au sein des délits d'imprudence du principe de précaution, lequel implique une norme de comportement : il s'agirait alors d'envisager le principe de précaution comme une règle de conduite[2284], comme un standard juridique susceptible, en cas de méconnaissance, de constituer une faute pénale.

26. Par suite, la faute pénale d'imprudence constitutive des délits pourrait consister, comme en droit français, en une faute de précaution, à la condition de pouvoir relever, au moment de l'action, un risque, même hypothétique, reconnu par une large partie de la communauté scientifique. La faute pénale d'imprudence pourrait encore consister en une faute d'information concernant certains risques hypothétiques ou en une « faute de procédure » consistant pour un agent économique à ne pas s'être soumis aux procédures, notamment d'évaluation des risques, et aux autorisations préalables à l'exercice d'une activité ou à la commercialisation d'un produit déterminé.

27. S'agissant enfin du lien de causalité, le droit pénal sud africain refuse, comme le droit pénal français[2285], d'admettre des présomptions de causalité en matière d'infractions d'imprudence, la jurisprudence criminelle rejetant toute forme de présomptions de causalité fondées sur des « indices graves et concordants » en dehors des présomptions légalement instituées[2286]. La Cour constitutionnelle sud-africaine a d'ailleurs confirmé cette analyse en déclarant inconstitutionnelle,

[2283] V. par exemple 1985, 3, SA 677 (A), 687 E-F. Sur l'ensemble de la question, v. C.R. Snyman, *Criminal law*, 5ème éd., 2006, n° 4 et s.
[2284] P. Jourdain, « Principe de précaution et responsabilité civile », LPA 30 novembre 2000, p. 51, spéc. p. 52 ; D. Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », RCA Hors-série, juin 2001, p. 72, spéc. p. 74.
[2285] Cass. crim., 20 novembre 2012, *Tchernobyl*, pourvoi n° 11-87.531
[2286] Pour un exemple de présomption légale en droit sud africain, v. The Transvaal Nature Conservation Ordinance (ordinance 12 of 1983, section 110, 1) : présomption simple de commission du délit d'importation d'espèces animales dangereuses dès lors qu'une personne est trouvée en possession de telles espèces.

sur le fondement de principe de la présomption d'innocence, toute forme de présomption de responsabilité en matière pénale[2287]. Dans ce prolongement, la Cour constitutionnelle sud-africaine rejette fermement toute forme de renversement de la charge de la preuve en matière pénale[2288].

28. Dès lors, s'il est peut-être possible de se contenter d'un simple risque hypothétique au moment de la commission de la faute, les juges exigent en revanche un lien de causalité certain au moment du dommage ou, tout au moins, au moment où le juge statue. Cette solution restrictive, techniquement fondée en droit sud-africain sur le principe de la présomption d'innocence, semble se justifier par la nature même de la responsabilité pénale qui exigerait, eu égard aux enjeux propres à la matière et aux peines privatives de liberté susceptibles d'être prononcées, une certitude absolue là où la responsabilité civile pourrait peut-être se contenter d'une probabilité suffisante.

29. Au titre de l'élément moral des délits généraux d'imprudence en second lieu, la responsabilité pénale suppose, contrairement aux délits spéciaux (v. infra), la preuve d'une faute de négligence. En droit sud africain, la faute d'imprudence constitutive des délits peut consister aussi bien en une faute d'imprudence simple, également dite faute d'imprudence inconsciente (« *unconscious negligence* » : absence de connaissance des risques) qu'en une faute imprudence consciente (« *conscious negligence* » : prévision des risques)[2289].

30. Toutefois, s'agissant d'un risque simplement hypothétique, le droit pénal n'a-t-il pas simplement vocation à sanctionner les imprudences les plus coupables, celles qui manifestent une indifférence coupable au sort d'autrui[2290] ? La pénalisation de la faute de précaution n'implique-t-elle pas en effet, en présence d'un risque simplement hypothétique, d'être plus strict dans l'appréciation de la faute, en exigeant une prise de risque délibérée, bref en ne sanctionnant que les imprudences conscientes ? Il pourrait en effet paraître socialement injuste de retenir la faute d'imprudence simple comme source de responsabilité pénale en la matière dès lors que l'agent ignorait l'existence même du risque incertain. Il faudrait dès lors adapter les infractions non intentionnelles à la spécificité du principe de précaution en exigeant une faute d'imprudence consciente.

31. A cet égard, peut-être conviendrait-il toutefois de réserver le cas des professionnels tenus, en cette qualité, de suivre l'évolution des risques émergeants : le professionnel n'est-il pas en effet tenu, aux termes d'une appréciation abstraite, « d'accomplir les diligences normales », compte tenu de sa mission et de ses fonctions, afin d'éviter la réalisation d'un risque, même incertain ? Dès

[2287] *Mumbe*, 1997 (1) SA 854 (W).
[2288] *Zuma*, 1995 (2) SA 642 (CC) ; *Bhulwana* 1996 (1) SA 388 (CC) ; *Manamella* 2000 (3) SA 1 (CC). Dans cette dernière affaire, la Cour procède à une distinction entre les infractions de droit pénal strict (« *pure criminal offences* »), pour lesquelles le renversement de la charge de la preuve est proscrit, et la répression administrative (« *regulatory* ») pour laquelle un tel renversement de la charge de la preuve peut être admis.
[2289] C.R. Snyman, *Criminal law*, 5ème éd., 2006, n° 14.
[2290] Y. Mayaud, Violences involontaires et responsabilité pénale, Dalloz, 2003, n° 01-02.

lors, la connaissance effective du risque incertain par le professionnel ne serait pas exigée ; il suffirait d'établir que, compte tenu de ses fonctions, il aurait dû en avoir conscience. En définitive, une simple prévisibilité du risque incertain serait suffisante à engager la responsabilité du professionnel, sans que soit exigée une prévision effective des risques.

32. Toutefois, même à exiger une faute imprudence consciente pour caractériser une faute pénale d'imprudence, la conscience du risque incertain n'est pas nécessairement suffisante à constituer les délits généraux d'imprudence.

33. Il ressort en effet de la jurisprudence pénale sud africaine que, même en présence d'un risque connu par l'agent, qui s'est finalement réalisé, ce dernier n'engage pas nécessairement sa responsabilité pénale dès lors que, dans de circonstances similaires, une personne normalement diligente n'aurait pas nécessairement agi différemment. Il en est d'abord ainsi lorsque le risque qui s'est finalement réalisé était minime, de sorte qu'au regard de l'infime probabilité de réalisation du risque, une personne normalement prudente aurait elle aussi persisté dans son action, malgré la conscience de l'existence d'un risque[2291]. La jurisprudence sud-africaine fait alors référence, pour justifier l'impunité de l'auteur à l'existence d'une prise de « risque raisonnable » (« *reasonnable risk* »). Il en est encore ainsi lorsque les mesures de précaution destinées à éviter la survenance du dommage sont particulièrement difficiles à mettre en pratique ou lorsque le coût et les efforts de mise en place de telles mesures sont trop importants au regard de la probabilité de réalisation du risque[2292]. En définitive, il s'agit pour les juges répressifs de se livrer à un contrôle de proportionnalité entre la probabilité de réalisation du risque, d'une part, et le coût des mesures à mettre en place pour prévenir la réalisation du dommage. Lorsque le coût des mesures préventives est jugé disproportionné au regard de la faible probabilité de réalisation du dommage, les juges estiment qu'une personne normalement diligente aurait persisté dans son action, de sorte qu'aucune faute d'imprudence ne peut alors être reprochée à l'agent.

2) L'intégration du principe de précaution au sein des délits spéciaux d'imprudence

34. En premier lieu, en droit sud-africain, il n'existe pas d'infractions formelles réprimant de manière générale la mise en danger, applicables à tout type de risque, comme il peut en exister en droit français (CP, art. 223-1). Seules certaines lois spéciales incriminent certains risques particuliers, notamment dans le domaine du droit de l'environnement ou de la santé publique. Ces délits spéciaux de mise en danger offrent ainsi une protection catégorielle à certains objets

[2291] *Santam c/Nkosi* 1978, 2, SA, 784 (A), 791H-792E.
[2292] *Herschel c/ Mrupe* 1954, 3, SA 464 (A) 471 ; *Ngubane* 1985, 3, SA 677 (A) 685A-B.

déterminés, qu'il s'agisse de la santé publique, des terres agricoles, de l'eau, *etc.*, contre certains risques identifiés, tels que les engrais, les médicaments ou la nourriture animale[2293].

35. Ainsi par exemple, le *National Water Act 36 of 1998* incrimine, au sein de sa section 151 le fait de commettre un acte ou une omission qui pollue ou qui pourrait potentiellement polluer (« *which pollutes or is likely to pollute* ») une ressource en eau (i) ou le fait de commettre un acte ou une omission qui affecte ou qui pourrait potentiellement affecter négativement (« *which dterimentally affects or is likely to affect*») une ressource en eau (j) ou encore le fait de ne pas déclarer un barrage qui comporte un risque (« *fail to register a dam with a safety risk* ») pour la sécurité (« *fail to register a dam with a safety risk* »). Or, en sanctionnant le tant le dommage effectif que le dommage simplement potentiel (« *harmful or potentially harmful* ») et dès lors que le texte ne distingue pas selon la nature du risque, certain ou simplement hypothétique, les textes semblent pouvoir constituer un réceptacle adapté à la sanction de la faute de précaution, le terme même de risque permettant d'englober aussi bien le risque avéré (danger) que le risque simplement potentiel ou hypothétique.

36. Certes, le choix d'une telle protection catégorielle souffre certains inconvénients, en ce qu'elle pourrait paraître trop spéciale. Par exemple, dans le domaine du droit de l'environnement, le droit pénal sud-africain accorde, au coup par coup, sa protection à tel ou tel bien environnemental déterminé (eau, terre agricole, etc.) en visant en outre des risques déterminés, de sorte que la protection pénale pourrait apparaître trop parcellaire et par suite lacunaire.

37. Toutefois, une telle protection catégorielle présente des avantages non négligeables au regard de la prise en considération du principe de précaution, de sorte que le droit français pourrait peut-être s'inspirer de cette méthode législative. En effet, plutôt que de sanctionner tout type de risque, quelle qu'en soit la nature, peut-être serait-il préférable, afin de poser des bornes raisonnables à la répression pénale du principe de précaution, de prévoir des infractions spécifiques de mise en danger s'appliquant à certains risques identifiés. Une telle technique législative permettrait non seulement d'identifier à l'avance les risques incriminés, propres à chaque domaine, mais encore de les quantifier en fonction de la nature spécifique du risque envisagé. Ainsi par exemple, aux termes de *l'Environmental Conservation Act 73 of 1989* et du *National Water Act 36 of 1998*, l'activité potentiellement polluante incriminée doit-elle être de nature à engendrer un « effet négatif substantiel sur l'environnement » (« *a substantial detrimental effect on environment* »). Outre cette limitation de la répression aux seuls risques graves, une telle technique législative permet également de cerner au plus près les comportements illicites constitutifs de ces délits spéciaux de mise en danger en retenant

[2293] Voir par exemple The fertilizers, farm feeds, agricultural remedies Act 36 of 1947 (section 22) ; The dumping at sea control Act 73 of 1980 (Section 2.3) ; The Occupational Health and Safety Act 85 of 1993 (section 37) ; The Water Services Act 108 of 1997 (Section 82.3) ; The National Water Act 36 of 1998 (section 154) ; The national Environment Managment Act 107 of 1998 (NEMA) (section 34, 5 et 6).

dans les liens de la prévention des comportements plus précis et plus circonstanciés au regard de la nature spécifique du risque envisagé. Ainsi, aux termes du *National water act 36 of 1998*[2294], seuls se trouvent par exemple incriminées certaines activités industrielles ou d'irrigation (identification des auteurs) qui procèdent à l'irrigation de terres avec de l'eau contaminée (identification des comportements), susceptible d'avoir un effet négatif substantiel sur l'environnement, notamment de modifier les précipitations atmosphériques (identification du risque). Une telle précision – quant à la gravité du risque incriminé, quant aux auteurs potentiels des délits et quant aux comportements incriminés – est de nature à éviter les critiques, fondées sur le principe de légalité criminelle, généralement émises à l'encontre de la réception du principe de précaution en droit pénal selon lesquelles la responsabilité pénale ne saurait être engagée que sur le fondement d'un texte précis et donc sur le fondement d'incriminations spéciales[2295].

38. En second lieu, en droit sud-africain de l'environnement, certains délits spéciaux de mise en danger mettent en place une forme responsabilité objective, sans élément moral (« *strict liability* »), ce qui correspond en droit français à nos anciens délits matériels, constitués par la seule violation objective de la norme. Par dérogation au principe de droit pénal sud-africain qui veut qu'il ne puisse en principe y avoir de responsabilité pénale sans faute (« *no offences without fault* »), certains délits spéciaux de mise en danger sont ainsi constitués par leur seul élément matériel, indépendamment de toute considération relative à la psychologie de l'auteur.

39. Si la solution présente un avantage répressif certain, dès lors notamment que l'auteur ne pourra se réfugier derrière la méconnaissance de la norme ou du risque pour échapper à la responsabilité pénale, il est toutefois possible de se demander si la répression du principe de précaution est socialement acceptable dans ces conditions. En effet, ainsi qu'il a été dit, dans le domaine du principe de précaution où un risque hypothétique est en cause, les juges répressifs devraient se montrer plus exigeants quant à la teneur de la faute constitutive de l'élément moral de l'infraction, en exigeant une imprudence délibérée ou consciente (voir *supra*, IIA). D'ailleurs, cette forme de responsabilité pénale objective est très contestée par la doctrine pénale et environnementaliste sud-africaine[2296].

B. Responsabilité et principe de précaution

[2294] Section 38.
[2295] En ce sens, G. J. Martin, « Précaution et évolution du droit », D. 1995, Chr. 299 ; Ch ; Radé, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?, Rev. Jur. Envir., 2000, n° spécial, 75. *Adde*, Mayer, D. 2003, J. 1315, note sous Cass. crim. 19 novembre 2002.
[2296] Voir notamment, M. Kidd, « The use of strict liability in the Prosecution of environmental crimes, SA Journal of criminal justice, n) 23, 2002, 15 ; Lazarus, « Assimilating environmental protection into legal rules and the problem with environmental crime », *Loyola of LA law review*, 1994, p. 867, spéc. p. 882, note 6 ; J. Milon, M. Cowling, *South african criminal law and procedure*, Vol. III, *Statutory offences*, 1988, n0 26 ; Snyman, *op. cit.*, n° 248.

40. Les techniques et mécanismes de responsabilité, qu'il s'agisse des faits justificatifs (1) ou des sanctions pénales (2), pourraient peut-être inspirer le droit français désireux d'intégrer le principe de précaution en son sein.

1) Les faits justificatifs

41. Contrairement au droit français, où certaines juridictions du fond ont pu admettre que l'état de nécessité pouvait justifier le délit de destruction des biens d'autrui en raison du risque pour la santé et l'environnement que présentent les organismes génétiquement modifiés[2297], le droit pénal sud africain n'a jamais admis que le principe de précaution puisse, directement ou via l'état de nécessité, justifier la commission d'infractions pénales.

42. En revanche, en présence d'une autorisation administrative d'exercer une activité ou d'exploiter un produit potentiellement dangereux, le droit pénal sud-africain contient un certain nombre de solutions susceptibles d'intéresser le droit pénal français.

43. En effet, contrairement au droit français (CP, art. 122-4), il n'existe pas de fait justificatif général fondé sur l'ordre ou l'autorisation de la loi. Dans ces conditions, à défaut de justification générale et par avance en cas d'autorisation administrative d'exploitation, le centre de gravité du débat se trouve déplacé de la justification de l'infraction (droit français) vers la constitution de l'infraction (droit sud-africain) : il ne s'agit pas tant de se demander si le comportement est justifié par l'autorisation de la loi ou du règlement que de s'interroger sur le point de savoir si, en présence d'une autorisation administrative, le comportement litigieux constitue une faute. L'existence d'une autorisation administrative est ainsi prise en considération dans l'appréciation de la faute d'imprudence, non seulement au plan de son élément matériel aux termes d'une appréciation abstraite, mais encore au plan de son élément psychologique afin d'apprécier le caractère conscient de l'exposition d'autrui à un risque.

44. Or, il est permis de penser qu'une telle méthode est préférable car, plutôt que de donner par avance un blanc-seing à l'exploitant qui bénéficie d'une autorisation administrative, on laisse un pouvoir d'appréciation au juge pénal qui fera de l'existence d'une autorisation administrative un élément d'appréciation de la faute parmi d'autres. La solution semble d'autant plus devoir être privilégiée que l'exploitant, d'une part, peut avoir recélé des informations à l'autorité administrative et que la conscience d'exposer autrui à un risque, d'autre part, peut apparaître postérieurement à l'autorisation administrative, avec l'apparition d'éléments nouveaux qui

[2297] T. Corr. Foix, 3 oct. 2000, D. 2001, JP, p. 1357 ; T. Corr. Orléans 9 décembre 2005. La Cour de cassation a clairement rejetée une telle possibilité au motif, notamment, que le danger est incertain et non actuel (Crim., 2 novembre 2002, D. 2003, J. 1315, note D. Mayer ; Crim., 28 avril 2004, n° 03-83.783 ; crim. 18 fév. 2004, n° 03-82.951 ; crim. 27 mars 2008, n° 07-83.009 ; crim 7 février 2007, n° 06-80.108, D. 2007, J. 1310; crim. 4 avril 2007, n° 06-80.512 ; crim. 31 mai 2007, n° 06-86.628 ; crim. 3 mai 2011, n° 10-81.529).

pourraient ou devraient justifier l'arrêt de l'exploitation. Enfin, une telle solution pourrait être privilégiée dès lors que l'existence d'une autorisation administrative n'est pas un « brevet de sécurité », ainsi qu'en témoigne un certain nombre de scandales sanitaires qui sont survenus malgré l'aval de l'administration.

45. Une telle solution, qui consiste à intégrer l'existence d'une autorisation administrative parmi les éléments d'appréciation de la faute, pourrait d'autant plus prévaloir en droit français qu'il n'est pas certain que l'existence d'une autorisation administrative puisse valoir justification par l'autorisation de la loi ou du règlement. En effet, « faute de se présenter sous les traits de la généralité propre à la loi ou au règlement »[2298], un acte administratif individuel comme une autorisation d'exploitation, ne saurait en principe justifier une infraction pénale, générale et impersonnelle. Certes, parfois, la loi elle-même prévoit expressément qu'une autorisation d'exploitation est un obstacle à l'application de la loi pénale[2299]. Mais en dehors d'une telle prévision expresse, l'autorisation administrative ne saurait *a priori* avoir valeur justificative par le truchement de l'autorisation de la loi. Dès lors, en raison de l'inanité de l'autorisation de la loi dans ce cas, l'existence d'une autorisation administrative pourrait être prise en considération, comme en droit sud-africain, dans l'appréciation de la faute de précaution.

2) Les sanctions pénales

46. Certes, en raison de ses sanctions classiques, essentiellement rétributives, le droit pénal français ne semble pas *a priori* disposer de sanctions adaptées au principe de précaution. Toutefois, le droit pénal s'est progressivement ouvert à des sanctions à finalité préventive et régulatrice[2300] (fermeture d'établissement, restauration du milieu aquatique[2301], *etc.*) qui pourraient se révéler adaptées à l'anticipation inhérente au principe de précaution.

47. Comme le droit français, le droit pénal sud africain ne connaît pas seulement des sanctions rétributives, tournées vers la sanction d'un acte passé ; il connaît également des sanctions préventives, tournées vers l'avenir qui pourraient s'appliquer en cas de violation du principe de précaution, avant même la survenance d'un dommage, notamment en cas de mise en danger.

48. Certes, un certain nombre de sanctions connues du droit sud-africain existent également en droit français. Ainsi, outre l'amende et l'emprisonnement, le droit pénal sud-africain prévoit :

[2298] Y. Mayaud, *Droit pénal général*, n° 383.
[2299] V. par exemple, C. environ., art. L. 216-6.
[2300] Sur la question, v. M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, NBT, Dalloz, 2012.
[2301] C. environ., art. L. 216-6. *Adde*, C. environ., art. L. 216-13.

- La peine de confiscation (« *forfeiture* »)[2302], obligatoire ou facultative, de l'objet ou du moyen de l'infraction
- La révocation d'autorisation, de licence ou de permis (« *revocation of licence or permit* »)[2303], ce qui équivaut, en droit français, à la peine de fermeture d'établissement.

49. Pour autant, le droit pénal sud-africain connaît un certain nombre de sanctions préventives originales dont pourrait s'inspirer le droit pénal français. Il s'agit essentiellement de peines complémentaires prononcées en sus des peines principales. Ainsi peut-on citer notamment :

- l'amende prononcée par jour de « continuation » du délit (« *fine per day that the offence continues* »)[2304] : amende reconduite tant que dure le délit
- l'amende prévue sans montant maximum, qui peut être proportionnelle soit à la perte subie (« *fine equivalent to value* »), pouvant aller jusqu'à trois fois la perte subie[2305], soit au gain généré par l'activité dangereuse (« *fine equivalent to advantage gained* »)[2306].

50. Ces sanctions, largement méconnues en droit français, semblent intéressantes car elles peuvent se révéler particulièrement dissuasives en ce qu'un tel montant peut être sans commune mesure avec le montant maximum de l'amende fixe. En ce sens, il est parfois avancé en droit français que les dommages et intérêts sont parfois plus dissuasifs, au regard des montants en jeu, que les amendes pénales fixes.

51. Si, contrairement au droit français, le droit pénal sud-africain ne connaît pas la peine de dissolution des personnes morales, certaines sanctions originales peuvent s'appliquer aux personnes morales déclarées coupables d'infractions pénales. Le juge peut ainsi enjoindre aux personnes morales, sous peine d'amende, de procéder à une réforme organisationnelle (« *organisational reform* ») des ses structures de fonctionnement et de son règlement interne (« *managerial intervention* »). Une telle réforme organisationnelle de la personne morale peut notamment impliquer la mise en place de procédures préventives destinées à éviter la réitération des infractions[2307].

[2302] Natal Conservation Ordinance 15 of 1974, section 215B ; Marine Living Ressource Act, section 68
[2303] National Environment Managment Act 107 of 1998 (NEMA), section 31 ; Marine Living Ressource Act, section 28 ; National Forest Act, section 58 (8).
[2304] *National Heritage ressource Act* 25 of 1999, section 51 (3) ; *Environment Conservation Act* 73 of 1989, section 29 (3).
[2305] National Environment Managment Act 107 of 1998 ; Environment Conservation act, section 29 (4) ; Biodiversity Act 10 of 2004, section 102, 2.
[2306] *National Environment Managment Act* 107 of 1998 (NEMA), section 34 ; *Air Quality Act*, section 52 (1)
[2307] Sur la question, v. M. KIDD, *Environmental Law*, 2e éd. 2011, p. 263-264.

Liste des interlocuteurs rencontrés en Afrique du sud

- Ilze BOOYSEN, Faculty of Law, North-West University (Potchefstroom)
- Daniel DURING, Centre for Environmental Management, North-West University (Potchefstroom)
- Prof Willemien DU PLESSIS, Faculty of Law, North-West University (Potchefstroom)
- Prof Pieter DU TOIT, Faculty of Law, North-West University (Potchefstroom)
- Prof A. FAGAN, University of Cape Town
- Prof Jan GLAZEWSKI, Institute of Marine & Environmental Law, University of Cape Town
- Peter KANTOOR, Advocate, Environmental Law Association (Cape Town)
- Prof Louis KOTZE, Faculty of Law, North-West University (Potchefstroom)
- Dr Odile LIM TUNG, University of Mauritius, Post-doctoral fellow (NWU)
- Prof Johan NEL, Centre for Environmental Management, North-West University (Potchefstroom)
- Dr Lisa PLIT, Environmental Law and Sustainable Development Consultant (Cape Town)
- Prof Elmarie VAN DER SCHYFF, Faculty of Law, North-West University (Potchefstroom)