

INTRODUCTION

1. Le principe de précaution est indéniablement dans l'air du temps. Au cœur des différentes affaires qui ont défrayé la chronique ces derniers mois (organismes génétiquement modifiés, dioxine, encéphalite spongiforme bovine ...), il est souvent invoqué pour inciter les opérateurs économiques ou les autorités publiques à plus de prudence dans leurs choix économiques et sociaux.

Expression d'une philosophie de l'agir précoce, le principe de précaution impose d'intervenir avant d'avoir l'ensemble des preuves scientifiques pour fonder en raison une décision adéquate. Invitant à la prise en compte de l'incertitude scientifique inhérente aux progrès techniques, il s'accorde parfaitement avec la mentalité sécuritaire qui fait la caractéristique de notre temps. Telle est vraisemblablement la source de son succès.

Si c'est le droit de l'environnement qui lui a incontestablement conféré ses lettres de noblesse, le principe de précaution trouve maintenant une promesse d'expansion dans le droit de la consommation et de la santé, et s'insinue peu à peu dans le droit de la responsabilité.

C'est précisément sous ce dernier aspect que nous voudrions l'aborder. Notre propos ne consistera donc pas à décrire ici la genèse, le contenu normatif ni la force obligatoire du principe de précaution⁽¹⁾, mais plutôt à examiner les relations plus ou moins étroites qu'il pourrait entretenir avec le droit de la responsabilité civile.

Sur cette question, les auteurs divergent considérablement. Certains estiment que cette parenté est étroite et que le principe de précaution pourrait avoir une influence déterminante sur l'évolution des règles de responsabilité civile⁽²⁾, d'autres sont plus nuancés⁽³⁾. Nous faisons partie de cette deuxième catégorie.

Dans ce bref point de vue, nous voudrions en effet démontrer que le principe de précaution n'est pas, au départ, conçu comme une règle de responsabilité et qu'il ne contient dès lors aucune orientation précise pour l'avenir de la matière (I), même s'il n'est pas dépourvu d'influence sur la mise en œuvre des règles qui constituent actuellement le droit de la responsabilité (II).

I. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION N'EST PAS CONÇU COMME UNE RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

2. Comme notre propos ne consiste pas à définir positivement le principe de précaution, on se contentera d'en décrire brièvement la portée au départ de l'une ou l'autre tentative normative ou doctrinale. Il n'existe d'ailleurs pas d'unanimité en doctrine sur ses conditions d'application, ce qui démontre que le

concept est évolutif et que son contenu pourrait varier en fonction du contexte dans lequel il est appelé à s'appliquer (environnement, consommation, santé ...).

3. Dans leur rapport adressé au premier ministre Lionel Jospin, Philippe Kourilsky et Geneviève Viney proposent la définition suivante: «Le principe de précaution définit 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. Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre Etats. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé»⁽⁴⁾.

La déclaration du 13 juin 1992 sur l'environnement et le développement faite à la suite de la Conférence de Rio de Janeiro énonce, quant à elle, au titre du quinzième principe que «pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacité. 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».

La loi française du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement fait, elle

* Professeur à l'Université catholique de Louvain.

(1) Sur cette question, v. en particulier, N. DE SADELEER, *Les principes du 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/AUF, 1999, pp. 136 et s.; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport au premier ministre, Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000, spéc. pp. 119-151; M. BOUTONNET et A. GUEGAN, «Historique du principe de précaution», annexe 1, dans le *Rapport* précité, p. 253.

(2) L. BAGHESTANI-PERREY, «Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science», *Dall.*, 1999, Chron., p. 457; G.J. MARTIN, «Précaution et évolution du droit», *Dall.*, 1995, Chron., p. 299; R.O. DALCQ, «A propos du principe de précaution», *R.G.A.R.*, 2000, n° 13229; C. THIBIERGE, «Libre propos sur le droit de la responsabilité», *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 561.

(3) N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 211 et s.; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport au premier ministre, o.c.*, pp. 166 et s.; J.P. DESIDERI, «La précaution en droit privé», *Dall.*, 2000, Chron., p. 238; O. GODARD, «Repères», *Rev. Esprit*, juin 1996, p. 189.

(4) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport au premier ministre, o.c.*, p. 215.

aussi, référence au principe de précaution, principe selon lequel: «l'absence de certitude, 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 économique acceptable»⁽⁵⁾.

4. La lecture de ces définitions, la première surtout dont on peut regretter le caractère peu synthétique, fait clairement apparaître que le principe de précaution n'est pas conçu principalement comme une règle juridique de responsabilité, mais comme une méthode de gestion des risques dans un univers scientifique incertain⁽⁶⁾.

Etranger dans un premier temps à une logique de réparation des dommages, il invite à mettre en place, dans l'entreprise et l'administration, des procédures d'expertise, d'analyse et de gestion permettant de mieux cerner les dangers, même s'ils ne sont pas scientifiquement mesurables. En d'autres termes, la précaution restitue à la décision politique son autonomie par rapport à la preuve scientifique dont l'établissement prend généralement beaucoup de temps⁽⁷⁾.

Il s'agit donc avant tout d'un principe procédural⁽⁸⁾. L'effet sans conteste bénéfique d'un tel principe est de conduire à une réflexion en profondeur sur les dispositifs de contrôle des risques collectifs et à une révision des procédures d'évaluation de ces mêmes risques en vue d'améliorer la communication, la transparence et l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics. C'est en cela qu'il contribue à la construction d'une démocratie environnementale, de la consommation et de la santé publique, le paradigme commun à ces trois secteurs étant la commune exposition aux risques inhérents aux avancées technologiques⁽⁹⁾.

Observons d'ailleurs que l'apport majeur du rapport de M. Kourilsky et de Mme Viney consiste moins dans l'énoncé d'une règle nouvelle de responsabilité que dans l'énumération et la description de dix principes de procédure susceptibles d'encadrer la réflexion et l'action des acteurs économiques et des autorités publiques⁽¹⁰⁾.

5. Plusieurs facteurs distinguent le principe de précaution tel qu'il vient d'être défini d'une règle de responsabilité civile. Tout d'abord, comme on vient de le voir, ce principe ne répond pas à une logique de réparation. Il appelle au contraire une éthique de l'anticipation en vue d'éviter que des dommages graves ou irréversibles soient causés à la santé ou à l'environnement, sans fournir de réponse claire quant à l'attribution de la charge d'indemnisation des victimes. Tout est là: la responsabilité civile enfermée dans l'idée de réparation ne se conçoit pas indépendamment d'un dommage survenu. En cela, elle est une institution résolument tournée vers le passé⁽¹¹⁾.

Alors que le principe de précaution fournit des règles d'action *a priori*, c'est-à-dire avant la prise de décision, la responsabilité civile répartit les coûts économiques de réparation des dommages *a posteriori*, c'est-à-dire lorsque ceux-ci sont survenus⁽¹²⁾. Certes à ce moment il

faudra bien rechercher le fait générateur de ces dommages et se replacer au moment de la prise de décision, mais le point de vue est alors tout différent. Il suffira de jeter un regard rétrospectif sur toutes les étapes qui ont conduit à la décision et sur le suivi du dispositif mis en place afin d'y découvrir éventuellement une négligence. Les certitudes absentes lors de la décision seront plus facilement trouvées après la survenance du dommage.

De plus, le principe de précaution s'inscrit dans une perspective *dynamique* puisqu'il implique une gestion continue de l'incertitude scientifique en fonction du progrès des connaissances. La décision peut et doit être constamment revue et revisitée afin de l'adapter, voire la supprimer, lorsque l'évolution de la science permet d'écarter les hypothèses préalablement retenues.

Les règles de responsabilité civile s'inscrivent au contraire dans une perspective *statique* en ce sens que chaque acte ou chaque comportement qui pourrait engager la responsabilité est analysé ponctuellement à un moment donné du passé, dans le contexte qui était le sien à ce moment-là.

Enfin, le principe de précaution révèle avant tout la dimension *collective* des décisions prises par les opérateurs économiques ou des autorités publiques sur le long terme. L'idée est sans doute celle d'une responsabilité envers les générations futures, mais ce n'est pas cette responsabilité là que l'obligation de réparation permet de sanctionner.

La responsabilité juridique conçue sur un mode *individualiste*, comme une relation qui s'installe entre l'auteur du dommage et sa victime a, en effet, beaucoup de difficultés à intégrer le long terme et à saisir la dimension collective des décisions et des dommages qui peuvent s'ensuivre.

6. Les récentes affaires où le principe de précaution a été évoqué (dioxine, encéphalite spongiforme bovine, ...) ont toutes révélé la faiblesse, l'interdépendance et la complexité des filières économiques. Dans ces magmas organisationnels, les effets pathogènes se recyclent, s'amplifient et se disséminent à une vitesse record⁽¹³⁾.

(5) Loi n° 95-101 du 2 février 1995, *J.O.*, 3 février 1995, p. 1840; *J.O.*, 21 février 1998, p. 2755; *Dall.*, 1995, Lég., p. 123.

(6) Comp. N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 182 et 191 qui souligne que le principe de précaution ne s'inscrit pas dans une logique de réparation mais de décision.

(7) M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Ed. du Seuil, 1996, p. 18.

(8) P. LASCOUMES, «La précaution, un nouveau standard de jugement», *Rev. Esprit*, novembre 1997, p. 132.

(9) V. Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport au premier ministre, o.c.*, pp. 115 et 212; M.-A. HERMITTE et D. DORMONT, «Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle», publié dans le *Rapport* précité, Annexe 3, p. 353.

(10) Rapport précité, pp. 56 et s.

(11) M. BOUTONNET et A. GUEGAN, *Rapport* précité, p. 272; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 211; P. RICŒUR, «Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique», *Le Juste, Esprit*, 1995.

(12) Comp. L. BAGHESTANI-PERREY, *o.c.*, p. 460.

(13) V. en particulier, M.-A. HERMITTE et D. DORMONT, «Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle», *Rapport* précité, pp. 342 et s.

Plutôt que de régénérer la responsabilité civile, le principe de précaution souligne au contraire ses limites. Les systèmes de gestion complexes diluant les responsabilités individuelles, on voit d'ailleurs mal comment ce principe pourrait insuffler une vigueur nouvelle aux règles actuelles.

La difficulté est plus profonde. Elle tient à la conception et à la nature même des régimes de responsabilité civile qui visent à imputer un dommage ou un ensemble de dommages à un agir humain. La responsabilité civile telle qu'elle est conçue par le Code civil ne saurait être ni collective ni prospective.

C'est pourquoi, le principe de précaution, loin d'être indissociable de la responsabilité civile, invite à trouver une solution en dehors d'elle et à réfléchir la réparation sur d'autres bases, de façon à laisser à celle-là le domaine qui lui revient. Lorsque les règles de responsabilité civile sont impuissantes, il faut songer à la mise en place de mécanismes différents fondés sur l'idée de solidarité ou de garantie⁽¹⁴⁾.

7. Cette différence radicale d'approche explique pourquoi le principe de précaution ne saurait influencer les régimes de responsabilité dans leur conception actuelle. On entend par là qu'il n'emporte, implicitement ou explicitement, aucune préférence en faveur des régimes fondés sur la faute ou sur le risque.

Nous ne partageons donc pas l'opinion selon laquelle la percée du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile annoncerait un recul de la responsabilité à base de risque et un retour en force de la responsabilité fondée sur la faute⁽¹⁵⁾.

Comme le principe de précaution énonce une norme d'extrême prudence face aux risques dont la probabilité n'est pas maîtrisable, il est normal qu'il s'intègre mieux et plus facilement dans un régime de responsabilité fondé sur la faute que dans un régime de responsabilité à base de risque⁽¹⁶⁾. A l'inverse, il est parfaitement normal que les responsabilités objectives fondées sur les risques inhérents à une activité ne soient guère influencées par un principe qui tend à édicter des règles de bon comportement dans un univers scientifique incertain. L'originalité des systèmes fondés sur le risque est précisément d'écarter l'appréciation du comportement de l'auteur du dommage. Cela ne veut pas dire pour autant que ceux-ci seraient voués à disparaître. Puisque le principe de précaution ne se prononce pas sur les mérites respectifs de l'un des régimes par rapport à l'autre, il ne faut y voir l'expression d'aucune préférence.

Que ce principe soit neutre sur le plan de l'évolution des régimes de responsabilité ne signifie toutefois pas qu'il soit sans influence sur ceux-ci (II).

II. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION N'EST PAS SANS INFLUENCE SUR LES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ CIVILE

8. Pour le juriste, le principe de précaution marque l'introduction du concept d'indétermination dans l'application des règles juridiques. C'est pourquoi, il fait surtout sentir ses effets dans les branches du droit

touchant à l'environnement, la consommation et la santé.

En droit communautaire, il devrait par exemple conduire à une appréciation plus souple des raisons liées à l'intérêt général susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises⁽¹⁷⁾. La légitimité de ces entraves ne devrait plus être subordonnée à une certitude scientifique absolue. Ce faisant, il pourrait remettre partiellement en cause l'idée de confiance légitime qui préside aux échanges intra-communautaires⁽¹⁸⁾.

Le principe de précaution a aussi un rôle important à jouer en droit administratif dans le cadre du contentieux de la légalité. S'agissant d'apprécier la légalité interne d'une décision administrative d'autorisation ou d'interdiction (retrait de produits contaminés par la dioxine, autorisation d'importation d'OGM ...), le principe de précaution y trouve même un lieu de prédilection. Par sa fonction même, le droit administratif est mieux outillé que le droit de la responsabilité civile pour contrôler une décision prise avant tout dommage, dans un contexte d'incertitude scientifique. Dans ce contentieux, le respect du principe de précaution tend à s'affirmer comme une condition de fond permettant de contrôler la légalité de l'acte administratif. La question que nous n'aborderons pas ici est de savoir si, dans ces conditions, la censure de l'administration doit ou non être limitée à l'erreur d'appréciation manifeste⁽¹⁹⁾.

Pour les raisons déjà indiquées, l'influence du principe de précaution est plus diffuse et plus malaisée à définir dans le droit de la responsabilité civile qui reste enfermé dans l'idée de réparation d'un dommage déjà survenu. Si ce n'est pas la menace financière qu'il fait peser sur l'auteur du fait dommageable, le droit de la responsabilité n'est pas un outil très efficace de gestion des risques. Néanmoins, le recours à la précaution oblige à interroger le droit de la responsabilité civile sur la manière dont il appréhende l'incertitude scientifique. Cette question mérite d'être posée au regard tout d'abord des trois éléments constitutifs de la responsabilité pour faute (faute, lien causal, dommage) et au regard, ensuite, des responsabilités à base de risque.

(14) Comp. J.P. DESIDERI, *o.c.*, p. 238.

(15) G. MARTIN, *o.c.*, *Dall.*, 1995, Chron., p. 299; M. REMOND-GUILLOUD, «Du risque à la faute», *Risques*, juillet/septembre 1992, p. 11; C. LEPAGE, «Que faut-il entendre par principe de précaution?», *Gaz. Pal.*, 8-9 octobre 1999, pp. 10-11; L. BAGHESTANI-PERREY, *o.c.*, p. 461.

(16) J.P. DESIDERI, *o.c.*, p. 239.

(17) V. N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 145.

(18) V. à cet égard, la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, Bruxelles, 2 février 2000, COM (2000), I.

(19) Sur les apports du principe de précaution au contentieux de la légalité, v. en particulier, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport précité*, pp. 153 et s.; L. BAGHESTANI-PERREY, *o.c.*, p. 460; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 202. V. encore récemment, à propos des risques engendrés par les lignes à haute tension, C.E., 20 août 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 664.

1. LES RESPONSABILITÉS POUR FAUTE

a) La faute

9. Comme le principe de précaution impose un standard de comportement et appelle à une attitude raisonnable face à des risques non avérés, il s'inscrit aisément, presque de façon incolore et inodore, dans les critères traditionnels de la faute.

Sous cet aspect, le principe de précaution peut sans doute être à l'origine d'une rénovation de la faute dans les domaines où il est appelé à s'appliquer. Obligeant à prendre en compte les risques qui ne sont pas encore avérés, il impose une vigilance et une prudence accrues aux acteurs du marché et aux autorités publiques⁽²⁰⁾.

Le progrès est sensible dès lors qu'on était en droit d'estimer avant l'éclosion du principe, que l'auteur d'un dommage ne commettait pas de faute s'il avait agi dans un contexte où l'état de la science ne lui permettait pas à coup sûr de prévoir les conséquences de son acte. Désormais, l'incertitude scientifique ne sera plus automatiquement évasive de faute. Encore faudra-t-il vérifier si l'auteur du fait dommageable a adopté une attitude de précaution, attitude qui s'imposerait maintenant à tout bon père de famille. Le devoir général de prudence s'en trouve ainsi élargi⁽²¹⁾.

Pour le surplus, il faut reconnaître qu'en l'état actuel le principe de précaution n'offre pas de critères beaucoup plus précis que ceux qui servent à déterminer traditionnellement la faute civile. L'exigence de prévisibilité du dommage, élément constitutif de la faute lorsqu'elle trouve sa source dans la violation d'un devoir général de prudence, pourrait-elle faire obstacle à la reconnaissance d'une responsabilité alors que le principe de précaution suppose, quant à lui, que le risque de dommage ne puisse être mesuré? Il semble que non dès lors que cette exigence se rapporte, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, à la possibilité d'un dommage et non au dommage tel qu'il est survenu *in concreto*⁽²²⁾.

10. Pour apprécier la faute *ex post*, il conviendra aussi de se référer aux conditions de mise en œuvre du principe de précaution, mais ces conditions sont loin de faire l'unanimité⁽²³⁾. Une attitude de précaution se justifie dans un contexte d'incertitude scientifique, mais il ne peut servir de prétexte à une obstruction systématique sur le fondement d'hypothèses farfelues. Un doute légitime partagé par une partie de la communauté scientifique doit au moins exister. Quelle est la limite entre certitude, le doute légitime et l'ineptie? Suffira-t-il de formuler une hypothèse et de la tenir pour vraie tant que le contraire n'a pas été démontré⁽²⁴⁾?

On dit aussi que la décision envisagée doit entraîner un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou pour la santé. Le dommage redouté – qu'il convient de distinguer du dommage survenu – doit-il être grave et irréversible ou simplement grave ou irréversible? L'urgence n'est-elle pas de nature à atténuer ces exigences? La gravité du dommage se réfère-t-elle exclusivement à un dommage

collectif ou un dommage individuel peut-il, lui aussi, satisfaire cette condition? L'appréciation de la gravité du dommage ne sera-t-elle pas elle-même tributaire de l'incertitude scientifique qui marque le contexte dans lequel la décision doit être prise⁽²⁵⁾?

Enfin, une application raisonnée du principe de précaution suppose une analyse du coût des mesures envisagées rapporté au bénéfice escompté. Ces mesures doivent donc respecter le principe de proportionnalité. Mais les coûts de ces mesures sont-ils exclusivement de nature économique, comme le laisse penser la loi Barnier pour le renforcement de la protection de l'environnement? Comment pourra-t-on procéder à une balance correcte entre les coûts et les bénéfices, alors que les dommages sont, par définition, non quantifiables au moment de la prise de décision⁽²⁶⁾?

11. On s'aperçoit ainsi que les obligations qui reposent sur les autorités publiques, les opérateurs économiques ou les experts ont un contenu assez flou. Elles laissent en définitive au juge une marge d'appréciation aussi large que celle dont il dispose traditionnellement pour apprécier la faute. Confronté à des questions scientifiques complexes, il y a fort à parier que celui-ci se limitera à sanctionner les erreurs d'appréciation manifestes.

Du côté des décideurs, le risque existe que le principe de précaution soit utilisé défensivement pour justifier au nom de la santé publique des mesures excessives et démagogiques prises dans l'urgence et la précipitation, qui se révéleraient à terme dommageables pour les opérateurs économiques.

12. La seule certitude sur le plan théorique est que l'intrusion du principe de précaution dans la conscience des juges conduira en principe à un élargissement du devoir général de prudence attendu de tous en vue de se prémunir des risques incertains. Au titre des causes de justification, il entraînera aussi une rigueur plus grande dans l'appréciation de l'erreur ou de l'ignorance invincible. Un contexte d'incertitude scientifique relative ne suffira plus à justifier un comportement dommageable, dès lors que celui-ci aurait pu être évité par une attitude de précaution, même dans l'hypothèse d'un risque non avéré. La référence classique pour les professionnels, aux données acquises de la science pourrait ainsi englober à l'avenir les hypothèses sérieuses même non démontrées, ce qui n'accroît

(20) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport* précité, pp. 133, 186 et 211; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 212; L. BAGHESTANI-PERREY, *o.c.*, pp. 460-461; J.P. DESIDERI, *o.c.*, p. 239, qui critique cette extension. «L'adaptation de la responsabilité civile à l'incertitude ne peut se faire alors qu'au prix d'une dénaturation de la notion même de responsabilité».

(21) V. en ce sens, N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 212-213.

(22) N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 213-215.

(23) M. BOUTONNET et A. GUEGAN, *o.c.*, p. 257.

(24) Sur cette question, v. N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 171 et s.; M.-A. HERMITTE et D. DORMONT, *o.c.*, p. 349.

(25) Sur ces questions, v. N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 180 et s.

(26) Sur le principe de proportionnalité et la précaution, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport* précité, p. 149; L. BAGHESTANI-PERREY, *o.c.*, p. 459; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 184.

pas la sécurité juridique⁽²⁷⁾.

Beaucoup pensent que le principe de précaution pourrait aussi justifier un renversement de la charge de la preuve en ce sens qu'il appartiendrait désormais à l'opérateur économique d'apporter la preuve de l'innocuité totale de son produit ou de l'activité projetée avant d'être autorisé à le commercialiser ou à l'exercer. Le doute scientifique se retournerait donc contre l'opérateur⁽²⁸⁾.

Notons cependant que ce renversement de la charge de la preuve est généralement préconisé dans le contexte du contentieux de la légalité à un moment où il s'agit d'interdire ou d'autoriser l'activité potentiellement dommageable, c'est-à-dire lorsque le dommage est seulement soupçonné.

Le même renversement est ensuite préconisé par extension lorsqu'il s'agit de démontrer la faute ou l'absence de faute une fois le dommage survenu. On ne voit cependant pas au nom de quoi il faudrait transposer en droit privé la logique proposée au juge administratif. Il nous semble que le déplacement de la charge de la preuve n'est pas ici commandé directement par le principe de précaution. Son objet est en effet totalement différent puisqu'il s'agit de présumer systématiquement la faute de celui dont l'activité s'est révélée dommageable au profit des personnes préjudiciées.

En outre la même solution semble difficilement transposable aux autorités publiques. Dira-t-on que celles-ci doivent être présumées responsables des dommages liés à un excès ou à une absence de précaution?

Même si une présomption de faute devait être mise à charge des créateurs de risque, ce ne serait sans doute pas directement au nom du principe de précaution mais en vertu d'une application normale de la théorie du risque dont l'un des effets est de renverser la charge de la preuve⁽²⁹⁾, ou encore en vertu d'un nouveau principe de répartition du poids de la preuve fondé non plus sur la position de demandeur ou de défendeur, mais sur l'aptitude à rapporter cette preuve⁽³⁰⁾.

L'évolution est claire dans le domaine des obligations d'information où la charge de la preuve repose sur le débiteur de l'obligation. Le même raisonnement pourrait justifier une solution comparable dans les domaines marqués par l'incertitude scientifique, mais ceci, à nouveau, ne nous semble pas être une conséquence du principe de précaution.

b) La causalité

13. Le même glissement s'observe au sujet de la causalité et suscite la même critique. Le principe de précaution prend tout son sens dans un contexte d'indétermination où les causalités sont scientifiquement complexes et, elles-mêmes, incertaines.

A nouveau, lorsqu'il s'agit d'apprécier *a priori* la légalité d'une décision administrative, on comprend que le contrôle exercé doive tenir compte de l'incertitude scientifique et puisse se satisfaire d'hypothèses raisonnablement fondées.

En droit de la responsabilité civile, la perspective est différente. Il s'agit en effet, tout au moins dans un

système de responsabilité fondé sur la faute, de rapporter un dommage à un comportement humain, afin de justifier l'obligation de réparation. C'est pourquoi la causalité en cette matière requiert un degré élevé de certitude.

Le jugement de causalité propre à la responsabilité civile recouvre en réalité deux aspects. Il y a d'abord une causalité proprement scientifique où il y a lieu de démêler les effets et les causes au sens matériel. Il y a ensuite une causalité «humaine» marquée par un jugement d'imputabilité.

La causalité scientifique n'est pas différente de celle dont il est question avec le principe de précaution. Sous ce premier aspect, une application bien comprise du principe de précaution pourrait assurément justifier un assouplissement des exigences traditionnelles de la causalité au profit des victimes⁽³¹⁾.

En vue d'intégrer le facteur d'incertitude, la causalité pourrait être considérée comme judiciairement établie en présence d'un faisceau d'indices. On en arriverait ainsi à une solution proche de celle retenue par la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, qui autorise le juge à tenir compte, pour apprécier la causalité entre une activité dangereuse pour l'environnement et un dommage, du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangereuse. En d'autres termes, l'obligation de réparation pourrait naître lorsque le dommage survenu *in concreto* est précisément de ceux que le risque lié à l'activité dangereuse laissait suspecter.

Lorsque la responsabilité est fondée sur la faute, au jugement de causalité, au sens qui vient d'être défini, se superpose un jugement d'imputabilité, davantage marqué par l'équité, qui consiste précisément à attribuer le dommage à un agent. Dans les affaires qui nous concernent, le dommage peut être très éloigné du fait générateur. Sur cette causalité là le principe de précaution ne nous apprend rien.

14. Quoiqu'il en soit, il y a lieu de ne pas surestimer ici l'effet bénéfique du principe de précaution. S'agissant de justifier la réparation d'un dommage, la victime ne pourra échapper à l'obligation de démontrer l'existence du lien de causalité entre ce dommage et la décision reprochée.

Or, dans les domaines concernés par le principe de précaution, les causalités sont multiples et croisées. L'enchaînement des causes se produit sur le long terme, spécialement dans les secteurs de la santé et de l'environnement. Même assoupli, le lien causal sera

(27) N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 213; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport précité*, p. 182; H. COUSY, «A propos de la notion de précaution», *Risques*, janvier/mars, 1995, p. 155.

(28) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport précité*, pp. 139 et 182; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 191. La loi française du 20 décembre 1988 présume ainsi la responsabilité du promoteur d'une recherche biomédicale avec bénéfice individuel direct, sauf pour lui à prouver que le dommage n'est pas imputable à sa faute.

(29) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport précité*, p. 182.

(30) N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 204.

(31) En ce sens, N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 224.

souvent difficile sinon impossible à établir. Une fois identifié, il se peut d'ailleurs que le responsable ait disparu.

Si la faute imputée à l'administration consiste dans l'absence ou le retard d'une décision, comment la victime parviendra-t-elle à démontrer que si cette décision avait été prise à temps, le dommage invoqué ne se serait pas produit?

Comment la victime atteinte d'un cancer ou de la maladie de Creutzfeldt-Jakob pourra-t-elle convaincre le juge que ce cancer ou cette maladie est la conséquence de la viande de bœuf ou de la volaille contaminée qu'elle a consommée en 1999 ou avant? Comment en outre identifier l'éleveur ou le distributeur d'où provient le produit consommé? La tâche paraît difficile sinon impossible⁽³²⁾.

15. L'on atteint ici la limite des systèmes de responsabilité conçus sur un mode individualiste. Ceux-ci ne peuvent appréhender correctement les dommages dont la dimension est collective. A ce niveau également, plutôt que de conduire à une analyse des mérites respectifs des régimes de responsabilités à base de faute ou à base de risque, le principe de précaution invite à rechercher d'autres voies d'indemnisation⁽³³⁾.

Ceci n'a pas échappé aux auteurs du rapport commandé par le Gouvernement français. Conscients des difficultés inhérentes à la mise en œuvre des règles de responsabilité civile, ceux-ci proposent de régler anticipativement avec l'opérateur économique la prise en charge des dommages par voie contractuelle⁽³⁴⁾.

Toutefois, compte tenu de l'incertitude qui marque l'ampleur des dommages redoutés, les termes de ces engagements contractuels risquent d'être extrêmement difficiles à mettre au point. C'est cependant du côté des mécanismes d'indemnisation fondés soit sur la garantie, soit sur la solidarité collective ou sectorielle qu'il convient de chercher la solution.

c) *Le dommage et sa réparation*

16. La responsabilité civile est enfermée dans l'idée de réparation d'un dommage certain. A cela s'ajoute que le juge est tenu d'évaluer le dommage au moment de son jugement. Le dommage futur peut être réparé s'il est certain qu'il se produira dans l'avenir. A l'inverse, un dommage virtuel ou hypothétique ne peut donner lieu à réparation⁽³⁵⁾.

En réalité, le droit de la responsabilité civile permet seulement de prendre en compte les dommages futurs qui s'inscrivent dans le prolongement direct d'un état préjudiciable actuel. Pour les conséquences simplement éventuelles d'un état invalidant déjà acquis, il y a lieu de demander des réserves. Le droit de la responsabilité n'intègre donc pas facilement l'avenir et ses impondérables.

Comme l'écrit Nicolas de Saedeleer «exiger que le dommage soit certain, c'est réclamer qu'aucune incertitude ne subsiste sur son existence ou sur son évolution future alors que, dans la pratique, sa consistance et son étendue subissent constamment l'épreuve du doute scientifique»⁽³⁶⁾.

Le principe de précaution pourrait-il néanmoins justifier un allègement des conditions de réparation d'un dommage au regard du droit de la responsabilité civile? Il semble qu'on atteigne là, à nouveau, une limite inhérente à la nature même de la responsabilité. Celle-ci attend le dommage, mais ne permet pas, en principe, de l'anticiper.

Sans doute peut-on souhaiter que le législateur donne au juge civil des instruments qui lui permettent de prévenir la survenance du dommage par l'adoption de mesures conservatoires, comme le préconisent d'ailleurs G. Viney et Ph. Kourilsky, mais ces instruments sortent du domaine de la responsabilité civile proprement dit⁽³⁷⁾. Les mesures qui seraient imposées pour éviter une menace grave de dommage ne peuvent y trouver un fondement.

Sous l'angle de la réparation, le principe de précaution ne saurait justifier l'indemnisation de dommages futurs simplement éventuels sous peine de dénaturer l'objet même de la responsabilité civile⁽³⁸⁾. Tout au plus serait-il possible d'anticiper quelque peu la survenance du dommage en faisant porter la réparation, comme le suggère la Convention de Lugano en matière d'atteinte à l'environnement, sur le coût des mesures de prévention ou de remise en état qui ont été prises ou qui le seront⁽³⁹⁾. L'on parvient ainsi à monétariser un dommage non encore survenu par le biais du remboursement des frais de prévention, qui constituent alors, par eux-mêmes, le dommage à réparer. A nouveau le progrès n'est pas énorme car l'emploi du futur indique qu'un degré de certitude suffisant doit exister quant aux mesures qui seront prises dans l'avenir.

Même ainsi comprise, cette mesure ne constituerait pas une innovation majeure, car le droit de la responsabilité civile permet déjà l'allocation d'une provision en vue de faire face à un dommage non immédiatement évaluable en argent.

Les responsabilités objectives à base de risque

17. Le principe de précaution n'annonce donc ni un progrès ni un recul de la responsabilité pour faute par rapport à la responsabilité sans faute. Il ne discrédite pas l'une par rapport à l'autre. Simplement, ce principe, dans sa formulation même, s'intègre mieux dans un système de responsabilité fondé sur la faute parce qu'il impose une norme de prudence, un standard général de jugement. Les responsabilités objectives permettent d'éviter ce détour.

Il faut remarquer aussi qu'en l'état actuel, les régimes de responsabilité pour risque restent dérogatoires par rapport au droit commun. Même s'ils ont tendance à se multiplier, ils ne concernent généralement que les

(32) V. à cet égard, R.O. DALCO, *o.c.*, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13229.

(33) J.P. DESIDERI, *o.c.*, p. 241.

(34) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport* précité, p. 194.

(35) Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport* précité, p. 179.

(36) N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 219.

(37) *Rapport* précité, p. 228.

(38) Comp. N. DE SADELEER, *o.c.*, pp. 219-220.

(39) En ce sens, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Rapport* précité, p. 228.

opérateurs économiques qui exercent des activités dangereuses pour l'environnement ou pour la population en général. Les autorités publiques, qui sont au premier chef interpellées par le principe de précaution, sont rarement soumises à ce type de responsabilité. Il existe donc tout un pan du droit de la responsabilité où la faute reste prédominante.

Pour le surplus, un régime de responsabilité fondé sur le risque restera toujours, par nature, plus favorable à la victime qu'un régime de responsabilité fondé sur la faute, même si les critères de celle-ci sont revus à la lumière du principe de précaution⁽⁴⁰⁾. Les régimes de responsabilité objectives n'imposent pas de porter un jugement sur la conduite de l'auteur du dommage. Leur mise en œuvre ne dépend pas d'une règle abstraite de conduite.

Lorsque ces régimes tolèrent l'exonération de l'agent économique pour risque de développement, le principe de précaution pourrait sans doute conduire à un renforcement des conditions de l'exonération⁽⁴¹⁾. Le risque de développement s'attache au produit dont on ne pouvait détecter qu'il était affecté d'un défaut, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques existant au moment de sa mise en circulation. Avec le principe de précaution, il faut englober dans l'état de la science, les hypothèses qui suscitent un doute légitime, fussent-elles partagées par une minorité de la communauté scientifique. L'incertitude scientifique ne suffisant plus comme telle à justifier l'exonération de l'auteur du fait dommageable, c'est l'ignorance absolue qu'il conviendra d'établir.

En ce qui concerne le lien causal, le dommage et sa réparation, les responsabilités fondées sur le risque n'échappent pas aux difficultés exposées à propos de la responsabilité pour faute. Si ce n'est la promesse d'un assouplissement des critères d'appréciation du lien causal et du dommage, le principe de précaution n'apporte rien à la matière.

CONCLUSIONS

18. En conclusion, il apparaît que le principe de précaution, sans être dépourvu d'influence sur le droit de la responsabilité, ne contient pas d'enseignement clair sur l'avenir des responsabilités pour faute ou sans faute.

Dans des situations complexes où les responsabilités individuelles se diluent jusqu'à devenir insaisissables, il souligne plutôt les limites inhérentes à tout système de responsabilité civile et encourage à imaginer d'autres mécanismes d'indemnisation.

Même s'il conduit à repenser les relations entre le droit et la science, il n'est pas non plus porteur de solutions claires lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère fautif d'une décision. Les affaires où il a été invoqué (épizootie de la vache folle, poulet à la dioxine, ...) démontrent que les opinions peuvent être divergentes voire contradictoires lorsqu'il s'agit de savoir ce que requiert le principe de précaution dans une situation déterminée.

Bien qu'il soit intellectuellement séduisant, le principe ici discuté comporte au surplus un danger non négligeable. Dans un contexte d'urgence qui est celui généralement de la décision politique, il risque d'encourager les autorités publiques à privilégier dans le doute l'hypothèse du pire. Comme on l'a écrit avec pertinence, «la précocité des décisions prises au nom du principe de précaution est incompatible avec une évaluation quantifiée du risque, indispensable pour en estimer la pertinence»⁽⁴²⁾.

Dans un contexte d'incertitude réduite à une ou quelques hypothèses, le principe de précaution risque d'être utilisé systématiquement par les autorités publiques comme un moyen de défense en vue de justifier les mesures les plus larges, en dépit des préjudices économiques et financiers importants qui peuvent en résulter. Le faible niveau des connaissances joint à l'urgence conduit toujours et nécessairement à une surévaluation du danger.

Certes, le principe de précaution appelle à des interventions raisonnables et proportionnées, mais les affaires de la dioxine, des organismes génétiquement modifiés et de l'encéphalite spongiforme bovine ont démontré que la raison n'y avait pas toujours sa place et que le principe de précaution est souvent mis en avant pour organiser la fuite devant les responsabilités.

Dans des contextes aussi difficiles où la science ne suffit plus à convaincre, le principe de précaution pourrait donc bien multiplier les litiges au lieu de les apaiser et d'accroître encore la judiciarisation de la société. Toute décision de précaution courra le risque d'être contestée par les acteurs économiques qui seront toujours les premières victimes; l'absence de précaution pourra, quant à elle, être dénoncée par les nombreuses associations dont l'objet est la défense de la nature ou de la santé.

Plutôt que de remettre en cause les fondements de la responsabilité civile, le principe de précaution incite positivement à réaménager les processus de la décision dans le sens de la transparence et de la démocratisation. C'est pourquoi, il apparaît comme un principe procédural et non comme un principe de responsabilité.

Sans doute ne peut-on exclure pour le surplus qu'au fur et à mesure que le principe de précaution investira la conscience des juges, ceux-ci y adapteront leur raisonnement et les concepts juridiques traditionnels, comme celui de faute qui, on le sait, se révèle, et c'est précisément sa force, extrêmement malléable.

(40) V. en ce sens, N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 217.

(41) V. l'interprétation donnée par la C.J.C.E. à la notion de risque de développement, C.J.C.E., 29 mai 1997, aff. C 300/95, *Dall.*, 1998, *Jur.*, p. 488, note A. PENNEAU.

(42) M. SETBON, «Le cas du sang contaminé confronté au principe de précaution», publié dans *Rapport Ph. KOURILSKY et G. VINEY*, annexe 4, p. 397.