

⊕

**Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec
et Bibliothèque et Archives Canada**

Colloque « Preuve + développement durable » (2015 : Montréal)

Preuve et développement durable

Textes présentés lors d'un colloque tenu à Montréal le 26 mars 2015.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 978-2-89400-383-1

I. Développement durable – Droit – Congrès. 2. Environnement – Droit – Congrès.
3. Preuve (Droit) – Congrès. I. Gautrais, Vincent, 1966- . II. Mekki, Mustapha. III. Titre.

K3584.8.C64 2015 344.04'6 C2016-942314-X

⊕ **Maquette et composition :** Claude Bergeron (Guylaine Michel) ⊕

Graphisme : MIKE BERSON *uḡisip ɔɛmsɪhɔɛs*

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition. *We acknowledge the financial support of the Government of Canada through the Canada Book Fund for our publishing activities.*

Éditions Thémis

Faculté de droit

Université de Montréal

Courriel : info@editionsthemis.com

Site Internet : www.editionsthemis.com

Téléphone : 514-343-6627

Tous droits réservés

© 2016 – Les Éditions Thémis inc.

Dépôt légal : 4^e trimestre 2016

Imprimé au Canada



Garant
des forêts
intactes™



Préface

Dans le cadre d'une journée d'études « France – Québec » qui eut lieu le 26 mars 2015 à Montréal, il nous a fait plaisir de réunir pas moins de 16 professeurs en droit, de 7 universités différentes, autour du thème de la preuve et de l'appliquer à une définition large du développement durable. En effet, dans un monde de la recherche de plus en plus spécialisé, il importait de demander à des académiques d'horizons divers de confronter leurs points de vue, et ce, en apportant une grande variété de perspectives autour de ce thème transversal. La preuve constitue donc ce lieu commun capable de réunir des chercheurs d'univers variés (droit de l'environnement, droit de la santé, droit de l'entreprise, droit des technologies, procédure civile, droit du travail, droit public, droit privé, etc.) en leur demandant de sortir du strict confort de leur « timbre poste intellectuel » et à l'appliquer au thème fédérateur et englobant que constitue donc le développement durable.

Cette activité, tout comme le présent compendium d'articles, ont été rendus possibles grâce au soutien financier du CRDP, de l'IRDA, du RDCG et de la structure fédérative (développement durable). À toutes ces organisations, nous les remercions pour le support accordé à cette mise en perspective intellectuelle. Un grand merci s'adresse également aux actuels auteurs de ce collectif pour avoir pris le soin d'organiser et de mettre à plat leurs idées qu'ils avaient eu la gentillesse de nous dispenser lors de cette conférence. Nous finirons en remerciant les éditions Thémis, et particulièrement Christian Saint-Georges, pour la confection de cet ouvrage. La qualité de leur travail justifie parfaitement la confiance que nous leur faisons.

Cette conférence est aussi l'écho d'une collaboration devenue « presque » traditionnelle entre le Centre de recherche en Droit public (CRDP – Université de Montréal) et l'Institut de Recherche pour un Droit Attractif (IRDA – Paris 13). Cet ouvrage est donc une première ; nul doute que d'autres suivront.

Vincent Gautrais
Mustapha Mekki



Table des matières

Préface	VII
La charge de la preuve en matière environnementale	1
Soraya Amrani Mekki	
Modes de preuve informels et développement durable : de l'influence probatoire de la certification des produits, services, ou organisations par des organismes institutionnellement reconnus	19
Anne Penneau	
Preuve et développement durable : objectivation du droit par la normativité individuelle	43
Vincent Gautrais	
La preuve et le préjudice écologique	75
Lara Khoury	
Aspects probatoires de la responsabilité sociale des entreprises	99
Géraldine Goffaux Callebaut	
La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés	121
Julie Biron	
Preuve et santé au travail : l'exemple de l'amiante	149
Laurent Gamet	
L'admissibilité en preuve de contenus issus d'Internet en matière de santé et sécurité du travail	163
Nicolas Vermeys	
Le droit du développement durable à l'aune de la preuve : le contexte international	189
Laurent Fonbaustier	
Preuve, santé et environnement : propos conclusifs	209
Mustapha Mekki	



La charge de la preuve en matière environnementale

Soraya Amrani Mekki*

I. L'office des parties en matière probatoire	5
A. Question juridique	6
B. Question financière	9
II. L'office du juge en matière probatoire.....	12
A. Compléter les preuves.....	12
B. Établir des preuves.....	15

* Agrégée des Facultés de droit ; membre du Conseil Supérieur de la Magistrature.



1. Ainsi que le résumait fort bien Ihering, la preuve est « *la rançon du droit* ». Pas de droit sans preuve en quelque sorte. On comprend alors sans peine que l'accès à la preuve est une condition de l'accès au Droit. Le droit de l'environnement n'échappe à l'évidence pas à ce constat et pourrait même être un utile révélateur des questions qui bousculent à l'heure actuelle le droit de la preuve.

Pourtant, il convient de préciser que le droit de la preuve est un droit malaimé en France. Enseigné dès la première année de droit de manière superficielle, il est rarement repris au niveau du Master 2. Les ouvrages d'Introduction au droit y consacrent quelques développements schématiques alors que ceux de Procédure civile se limitent à question de l'administration judiciaire de la preuve. « *L'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves* ». Cette séparation du processuel et du substantiel est d'ailleurs largement artificielle. En outre, contrairement au droit ibéro-américain, il n'y a pas de protection constitutionnelle du droit au juge et de la preuve en France. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme limite, quant à elle, sa protection aux cas où la question probatoire touche le fond de la décision du juge¹.

Les travaux doctrinaux qui y sont consacrés sont anciens et très théoriques. Ce n'est que depuis peu que les enjeux attachés à la matière l'ont remise sur le devant de la scène². Les questions probatoires posées par le principe de précaution en matière environnementale ont ainsi contribué à nourrir les débats.

2. Le droit de l'environnement nécessite en effet, à l'instar d'autres matières, une adaptation des règles procédurales. Comme le soulignait le

¹ *Mantovanelli c. France*, arrêt du 18 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, p. 436, par. 34: « Par ailleurs, la Convention ne régit pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 par. 1 ».

² Nicolas HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2016.

doyen Gérard Cornu « *Tous les procès ne présentent pas la même complexité. On ne commande au litige qu'en lui obéissant* »³. De là à dire qu'il faudrait créer un véritable droit processuel de l'environnement, il y a un pas que nous ne franchirons pas⁴. Ceci dit, il partage avec d'autres matières des spécificités qui questionnent les règles classiques relatives au droit de la preuve sans toutefois les remettre nécessairement en cause. Non seulement le droit de l'environnement est aux confins du droit privé et du droit public, matières qui peuvent ne pas adopter le même régime probatoire mais, surtout, il soulève des problèmes scientifiques qui rendent la preuve particulièrement délicate à établir. L'avènement d'un principe de précaution en atteste⁵ puisqu'il n'est alors plus question de prouver un dommage, ni même un risque, mais un risque incertain quoique causant potentiellement des dommages graves et irréversibles. La personne en charge de prouver est de même plus difficile à déterminer, non seulement parce que les victimes peuvent n'être que potentielles mais aussi parce que la première victime est la nature qui ne dispose pas de la personnalité morale. En outre, la scientificité de la preuve implique un coût probatoire difficile à supporter. En ce sens, le droit de l'environnement devient un laboratoire d'analyse du droit de la preuve particulièrement intéressant.

3. Les spécificités du droit de la preuve en matière environnementale sont nombreuses. Elles portent notamment sur la charge de la preuve qui seule nous retiendra ici mais qui est intimement liée tant à l'objet qu'aux modes de preuve, notion tellement tourmentée que le conseiller Galmot osait affirmer que « *la charge de la preuve n'existe pas* »⁶. Celui qui doit prouver est celui qui formule une prétention « *actor incumbit probatio* ». Cependant, cette règle posée à l'article 1315 du Code civil concerne-t-elle réellement la personne qui doit prouver ou s'adresse-t-elle au juge pour dicter sa décision lorsque la preuve n'est pas apportée ? La plupart des travaux doctrinaux tendent désormais à effacer la charge de la preuve der-

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

⁴ Soraya AMRANI MEKKI, « Actions préventives et principe de précaution : pour un droit processuel de l'environnement ? », dans Mathilde HAUTERAU-BOUTONNET, Lara KHOURY et Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale. Regards franco-québécois*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2015, p. 279.

⁵ Mustapha MEKKI, « Le droit privé de la preuve à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391.

⁶ Y. GALMOT, concl. sous Cons. d'État 22 avr. 1966, Tochou, R.D.P. 1966.584, 587.

rière la notion de risque de la preuve⁷. L'article 1315 ne viserait qu'à faire peser le risque de la preuve sur celui qui n'a pas levé le doute du juge. En outre, cette charge de la preuve varie au regard de l'aptitude à la preuve qui dépend plus de la matière litigieuse en cause que de la figure civile, pénale ou administrative du procès⁸. Or, il y a indéniablement un problème d'aptitude à la preuve en matière environnementale lié non seulement à des considérations financières mais aussi matérielles car de nombreuses données sont entre les mains des professionnels.

4. La notion de charge de la preuve est contestée en France. Pourtant, si son principe et sa formulation prêtent à discussion, il n'en demeure pas moins que la formule selon laquelle «*actor incumbit probatio*» a le mérite de fixer un repère pour mieux comprendre les raisons de s'en éloigner dans les différents contentieux. Il est ainsi question de charge dynamique de la preuve, non seulement pour passer d'une attribution de l'une à l'autre des parties pour une coopération mais aussi pour y associer le juge : 2+1= la procédure⁹ mais aussi la preuve. H. Motulsky liait déjà la question de la preuve à l'office respectif des parties et du juge¹⁰. Il en découle un principe de coopération dans la recherche de la preuve. La coopération des parties dans la recherche de la preuve est largement guidée par les capacités contributives de chacune à la manifestation de la vérité et par la volonté d'assurer une protection effective de l'environnement (I). La coopération du juge s'impose quant à elle par son office même (II).

I. L'office des parties en matière probatoire

5. La réparation de la charge de la preuve est une question aussi bien juridique (A) que financière (B), les deux étant indissociablement liées.

⁷ Voir cependant N. HOFFSCHIR, préc., note 2, qui développe l'idée que la charge de la preuve a un réel contenu puisqu'elle implique l'accomplissement de réels devoirs probatoires hors le juge et pendant la procédure.

⁸ En ce sens, Soraya AMRANI MEKKI, «Les traditions probatoires en droit processuel (Civil, pénal, administratif)», dans *La preuve, regards croisés*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2015, p. 111.

⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, «2+1 = la procédure», dans William BARANÈS et Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, coll. «Morales», Paris, Autrement, 1994, p. 193.

¹⁰ Henri MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 223.

A. Question juridique

6. Critiques de la charge de la preuve. Bien qu'on enseigne traditionnellement aux étudiants que *actor incumbit probatio* pour souligner que le demandeur doit prouver ce qu'il allègue, cette règle ne concerne pas véritablement la charge de la preuve mais le poids du doute. En ce sens, le principe de l'article 1315 C. civ. concerne bien plus le juge dans sa décision que les parties dans leur office. Elle est une règle de bon sens car « *c'est un principe de raison et de sécurité sociale que d'imposer la preuve à qui veut innover* »¹¹.

La règle *actor incumbit probatio* est remise en cause en matière civile pour de nombreuses raisons d'inégale importance. Elle serait en décalage avec la règle de l'article 9 CPC qui dispose que celui qui allègue des faits doit les prouver car dans un procès, la charge incombera aux parties selon ce qu'elles allègent. Elle est statique et figée alors que la matière litigieuse est une matière vivante qui évolue au cours du procès et qui présente des situations complexes et non binaires. Elle est, en outre, liée à la pré-constitution imposée dans un système de preuve légale. Or, ce système conçu pour les seules obligations par Pothier a fait l'objet d'une « *imitation aveugle* »¹². Il ne correspond pas aux différents litiges et notamment à la matière environnementale.

L'article 10 C. civ. est à cet égard révélateur qui dispose que « *Chacun est tenu de concourir à la manifestation de la vérité* » et le « *chacun* » renvoie tant au demandeur qu'au défendeur. Les charges procédurales en matière de preuve sont réparties différemment selon les facultés contributives de chaque partie. C'est ainsi que le principe *actor incumbit probatio* demeure mais est adapté, notamment en fonction de l'aptitude à la preuve. Le système doit néanmoins demeurer fondé sur le principe *actor incumbit probatio* sauf à donner un sentiment d'insécurité juridique que le droit civil rejette par principe. C'est pourquoi le doyen J. Normand précisait qu'il « *est préférable de consacrer, dès aujourd'hui, un état de fait* »

¹¹ Ernest-Désiré GLASSON et Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. 2, Paris, Sirey, 1926, p. 662.

¹² Edouard BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 2^e éd., Paris, Auguste Durand, 1852, p. 3. Voir aussi, Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1956, n° 710: « En logique pure, il y a un vice de méthode évident, dont la responsabilité doit être imputée à Pothier ».

rationnellement vraisemblable que d'avoir, demain, à l'issue d'une discussion épuisante, à tenir pour exact ce qui est sans doute aussi incertain»¹³. On comprend alors qu'il se soit imposé en droit des obligations où la sécurité juridique est primordiale mais il est moins évident en matière environnementale. La sécurité juridique est importante pour les professionnels mais l'intérêt collectif voir général est aussi en cause. Même si la sécurité juridique est à prendre en compte, la «réal politique probatoire» impose des aménagements.

7. Aptitude à la preuve. Les aménagements de la charge de la preuve sont le plus souvent justifiés par l'aptitude à la preuve. L'inégal accès à la preuve est ainsi compensé par les règles juridiques.

En la matière, les présomptions sont nombreuses. Il en a été fait usage dès 1971 relativement aux dommages causés au sol par des bangs supersoniques¹⁴. C'est aujourd'hui relativement à une mortalité anormalement élevée des abeilles qu'elles ont servit. Le Tribunal de grande instance d'Albertville a ainsi jugé qu'«à défaut de toute autre cause, la mortalité des abeilles qui, au printemps, descendaient chercher le nectar dans des zones proches mais plus ou moins polluées et dangereuses, ne peut donc s'expliquer que par l'intoxication par le fluor»¹⁵.

Plus largement, en matière de principe de précaution, la communication de la commission européenne précise que «dans le cas d'une action prise au titre du principe de précaution, il peut être exigé du producteur, du fabricant ou de l'importateur, qu'il prouve l'absence de danger». Classiquement, en cas de difficulté d'aptitude à la preuve, la charge de la preuve peut être aménagée, ce qui ne veut pas systématiquement dire renversée. En effet, pour que le professionnel apporte la preuve de l'absence de danger, encore faut-il que la partie ait apporté des éléments rendant vraisemblable ou potentiel un risque. La charge de la preuve est ainsi partagée au regard des facultés contributives de chacun. Selon ce qu'il faut prouver et les moyens disponibles pour y parvenir, l'attribution sera faite à la personne la mieux placée pour la rechercher¹⁶.

¹³ Jacques NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 306.

¹⁴ Civ. 2^e, 13 oct. 1971, n° 70-12.602, J.C.P. G. 1972.II.17044, note de Pontavice.

¹⁵ Trib. gr. inst. Albertville, 26 août 1975, J.C.P. G. 1976.II, n° 18384, note Rabinovitch. Pour d'autres exemples, Mathilde BOUTONNET, «Responsabilité environnementale», *Lamy civil*, v° Droit de la responsabilité, étude 370.

¹⁶ Com. 2 oct. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 208, en matière bancaire.

Cette charge de la preuve est adaptée à l'aptitude à la preuve elle-même en lien avec la spécificité des modes de preuve admissibles puisqu'en matière de principe de précaution, il faudra établir des données à partir d'une « *évaluation scientifique aussi complète que possible* » et d'une « *évaluation du risque et des conséquences potentielles de l'absence d'action* ». L'incertitude est alors l'objet même de ce qu'il faut prouver¹⁷. Il faut toutefois qu'il s'agisse d'un risque plausible et non hypothétique bien qu'incertain. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2011¹⁸ où il était question des liens entre l'usage de courants électromagnétiques et la mort de bétail. Elle considère que : « *sans exiger une preuve scientifique, ... des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevage de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence* ». La jurisprudence du tribunal de première instance de l'Union européenne est également en ce sens dans une affaire Pfizer du 11 septembre 2002 où il indique 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* »¹⁹.

Il est possible de militer pour une prise en compte systématique de l'aptitude à la preuve en matière environnementale pour aménager son régime probatoire dans les textes. Il n'y aurait là rien de révolutionnaire car un tel choix a déjà été opéré en matière sociale. Dans le contentieux de la discrimination ou du harcèlement, le salarié doit apporter des éléments les laissant supposer, charge à l'employeur de prouver le contraire. Il n'y a donc pas renversement mais aménagement de la charge de la preuve. Des raisons différentes mais aussi fortes peuvent militer pour une adaptation de la charge de la preuve en matière environnementale. Cependant,

¹⁷ Voir notamment Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 2003.

¹⁸ Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, Philippe BRUN et Olivier GOUT, « Panorama responsabilité civile », D. 2012.47, *RTD civ.* 2011.540, obs. Jourdain. Voir Mustapha MEKKI, « Chronique responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 2011.279.13. Voir aussi SÉNAT, Sess. ordinaire 2013-2014, 3 décembre 2013, n° 183, « 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 Civ. 3^e, 3 mars 2010, D. 2010.2419, note Bouchet Le Mappian.

¹⁹ *Pfizer Animal Health SA*, Affaire T-13/99, [2002] Rec. C.E. II-3318, par.139-148.

il est important de souligner que des raisons identiques existent en matière sanitaire, de concurrence ou de consommation. Partout où l'intérêt individuel se confond avec des préoccupations d'intérêt général, les mêmes causes doivent produire les mêmes effets.

B. Question financière

8. Gestion financière. Cette charge de la preuve et cette aptitude à la preuve ne sont pas uniquement liées à l'objet de la preuve mais aussi à son coût. La partie agissante, qu'il s'agisse d'une victime isolée ou d'une association de protection de l'environnement doit procéder à des démarches probatoires nécessairement coûteuses car liées à des recherches scientifiques. Le rapport Jegouzo l'a parfaitement mis en lumière en suggérant la création d'un fonds environnemental contribuant au financement de l'expertise²⁰. Cette proposition est cependant faite dans le cadre d'une réforme de plus vaste envergure centrée sur la création d'une Haute Autorité Environnementale. Elle poserait dès lors les mêmes difficultés déontologiques que pour la Haute Autorité de santé qui a dû mettre en place un comité de déontologie pour éviter les conflits d'intérêts en matière expertale²¹. Pour l'heure, la gestion du coût de la preuve peut se faire au moyen de techniques procédurales existantes et qui pourraient devenir pro-actives.

9. Coût des mesures d'instruction. Le principe est, d'abord, que les mesures d'instruction sont ordonnées au cours du procès. Ces mesures ont un coût que le juge met à la charge des parties qui doivent en consigner les frais. Il n'existe pas de directive précise quant à la répartition des frais qui peuvent l'être par parts viriles ou être supportés par une seule partie. Il est évidemment possible de souhaiter que cette consignation soit exclusivement supportée par le professionnel mis en cause. Cependant, il y aurait là un poids assez lourd à lui faire supporter alors qu'il

²⁰ GROUPE DE TRAVAIL INSTALLÉ PAR LA GARDE DES SCAUX, Yves JÉGOUZO (prés.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Paris, Ministère de la Justice, 17 septembre 2013, p. 39 [proposition n° 4].

²¹ En matière de santé, un guide des liens d'intérêts a ainsi été élaboré par le comité de déontologie qui permet de distinguer le lien d'intérêt du véritable conflit. Voir 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*, J.O. 17 avr. 2013, p. 6465. François-Guy TRÉBULLE, « Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013 », *Revue Environnement* 2013.8.17.

n'est pas encore démontré qu'il est responsable. Un tel poids pourrait en revanche se justifier par le fait que de telles mesures ne peuvent être ordonnées pour pallier la carence des parties. Celles-ci doivent apporter la preuve que le juge pourra compléter éventuellement. Cette vraisemblance pourrait alors justifier une attribution systématique au professionnel. Mais il ne faut pas oublier que ces frais, qui font partie des dépens, sont normalement à la charge du perdant. Il en découle un risque financier important pour la partie agissante. Certes le juge peut, par décision motivée, attribuer ces dépens au vainqueur²² mais il n'y a rien de systématique. Comme en matière d'action de groupe, il a pu être proposé que l'association agissante ne s'acquitte d'aucun frais²³. Mais, outre le fait que cela peut amener à une déresponsabilisation de l'action, il y aurait ici une question de politique processuelle générale car des considérations tout aussi fortes peuvent militer pour exclure tout frais pour une partie à un litige relatif à des violences conjugales par exemple.

10. Provision *ad litem*. Ces difficultés financières ont amené certains juges à prendre des décisions audacieuses. Il en est ainsi de certaines ordonnances du Président du Tribunal de grande instance de Nanterre qui a admis qu'une partie le saisisse sur le fondement des référés pour obtenir une provision *ad litem* servant à financer une mesure d'instruction dans l'éventualité d'un procès futur²⁴. La Cour de cassation n'a pas encore directement pris position se contentant dans une décision récente de « botter en touche » en renvoyant à l'appréciation souveraine des juges du fond sur la notion d'obligation sérieusement contestable²⁵. Pourtant, il y

²² Il s'agit d'une faculté exceptionnelle qui doit être justifiée par des éléments sérieux, Toulouse, 3 janv. 1996, J.C.P. 1997.I.3989, n°1, obs. Cadiet. Pour une illustration, voir Civ. 1^{re}, 29 sept. 2004, *Bull. civ I*, n° 219 : « Mais attendu qu'en se référant aux circonstances à l'origine du litige, telles qu'elles étaient rappelées dans ses précédents développements, la cour d'appel, à laquelle il n'était pas interdit de prendre en considération l'ensemble des actions contentieuses constitutives du litige ayant opposé les parties, a motivé sa décision ».

²³ Soraya AMRANI MEKKI, « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Aspects de procédure civile, colloque de l'institut de droit comparé de Paris II et de l'AFEC du 13 juin 2008 », (2008) 4 *Concurrences*, article n° 22091, n° 20 et suiv.

²⁴ Une publicité médiatique de ces ordonnances a eu lieu (voir Lefigaro.fr par exemple) du fait qu'était en cause le Laboratoire Servier dans le scandale du médiateur.

²⁵ Civ. 2^e, 29 janv. 2015, n° 13-24691, *Gaz. Pal.* 2015.69.30, chr. Raschel.

a là un choix épineux à réaliser. Humainement, on comprend le besoin de faire financer la recherche de preuve pour des parties isolées face à un besoin d'expertise extrêmement coûteux. Pour autant, techniquement, la provision sert en principe lorsque l'obligation au fond n'est pas contestable²⁶. Or, la preuve est justement nécessaire pour établir une obligation par nature contestable. Pour le défendre, il faudrait considérer que ce n'est plus l'obligation substantielle qui ne doit pas sérieusement contestable mais l'obligation processuelle de financer le procès d'autrui. M. le doyen Normand avait déjà constaté cette extension du référé provision : «*La jurisprudence de ces dernières années a ouvert un nouveau domaine au référé provision. Aux obligations nées du droit substantiel sont venues s'adjoindre celles qui trouvent leur source dans le droit judiciaire*»²⁷. C'est toutefois faire peser le poids de la recherche de preuve sur l'adversaire et en quelque sorte lui demander de prouver contre lui-même²⁸. Le doyen Normand lui-même précisait que «*On ne voit pas, dans l'état actuel de notre droit, qu'une partie puisse, au seul motif de sa propre impécuniosité, exiger de l'autre qu'elle lui accorde les fonds nécessaires au soutien de sa prétention. Après tout, l'aide judiciaire est là pour cela*»²⁹. La question est techniquement passionnante mais n'est pas encore aboutie. Elle a été utilisée à propos du scandale du Médiateur et a ressurgi à l'occasion d'un accident de train où la responsabilité de la SNCF est en

²⁶ J.-M. SOMMER et C. NICOLÉTIS, obs. sous Civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-14864, *Bull. civ.* II, n° 166, D. 2009.2069 : « C'est donc le caractère non sérieusement contestable de l'obligation principale que le juge des référés se devait d'examiner avant d'accorder une provision ad litem ». L'arrêt admet que « l'allocation d'une provision ad litem sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du Code de procédure civile, n'est pas subordonnée à la preuve de l'impécuniosité de la partie qui en sollicite l'attribution ».

²⁷ Jacques NORMAND, « De l'octroi en référé d'une provision pour permettre aux victimes de désordres immobiliers de s'assurer, durant une expertise, le concours d'un conseil technique, ou l'émergence d'un nouvel aspect de la "provision pour le procès" », *RTD civ.* 1986.628 ; Yves STRICKLER, « Pour une nouvelle approche de la provision ad litem », D. 2013.2588.

²⁸ En ce sens, l'arrêt Civ. 2^e, 29 janv. 2015, pourvoi n° 13-24691 : « le fait que Mme Y... soit bien fondée en sa demande d'expertise ne peut faire naître à la charge de la société Les Laboratoires Servier d'autres obligations que celles résultant des articles 11 et 160 du code de procédure civile et plus généralement du devoir de loyauté mais ne saurait créer une obligation de pré-financer une recherche de preuve au bénéfice de son contradictoire ».

²⁹ J. NORMAND, préc., note 27, 630.

cause. Elle serait à l'évidence d'un apport important en matière environnementale mais il faudrait pouvoir en mesurer les incidences.

II. L'office du juge en matière probatoire

11. L'office du juge en matière probatoire est tel qu'il ne se contente pas de compléter les preuves (A), ce qu'il doit faire à peine de déni de justice, il va même parfois jusqu'à pallier une carence des parties (B).

A. Compléter les preuves

12. **Principe de coopération.** Le procès est, «*un problème à résoudre grâce à la collaboration des intéressés et du magistrat (ou du jury), représentant de la collectivité*»³⁰ ainsi que le relevait Henri Lévy Brühl. Le principe de coopération dans la recherche des preuves est apparent dans toutes les traditions probatoires qu'elles soient accusatoire ou inquisitoire. Il résulte, ainsi que le doyen Cornu l'avait parfaitement souligné, d'une évolution notable du droit substantiel. Au moment de la promulgation du Code procédure civile auquel il avait participé comme rédacteur, il écrivait : «*le mouvement viendrait-il d'un vent inquisitorial qui aurait soufflé sur les chancelleries, d'une nouvelle politique procédurale arrogante et conquérante ? Non. L'origine du mouvement est dans le droit substantiel. Le phénomène important et originaire concerne d'abord et principalement le rôle que le droit substantiel attribue désormais au juge. La fonction juridictionnelle doit être repensée ou réaperçue, non pas à partir des nouveaux principes de procédure, mais à partir des principes du droit civil nouveau*»³¹. Il faisait alors référence aux délégations de la fonction législative au juge dont parlait G. Kairallah à travers l'usage légal de notions à contenu variable telles que l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt de l'entreprise³². Le droit de l'environnement est fait de telles notions qui sont omniprésentes dès lors qu'on évoque le principe de précaution.

³⁰ Henri LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 1964, p. 54.

³¹ Gérard CORNU, « Rapport de synthèse », dans *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve. X^e colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975*, Paris, PUF 1976, p. 107, à la page 120.

³² Georges KAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français », *RTD civ.* 1984.445.

13. Principe de complétude. Ainsi, lorsque la doctrine perçoit dans la jurisprudence civiliste qui exige à peine de déni de justice du juge qu'il complète les preuves apportées par les parties qui ont établi la responsabilité mais pas apporté la preuve du montant du préjudice, il y a là une décision de bon sens procédural³³. «Dès lors qu'il est saisi de la demande en réparation d'un dommage dont il a constaté l'existence, le juge est tenu de procéder à son évaluation quelles qu'en soient les difficultés»³⁴. Le juge doit lui aussi coopérer à l'établissement de la vérité lorsque les parties sont arrivées au bout de leur possibilité car si chacun est tenu d'y contribuer, il l'est également. Le principe de coopération en matière probatoire côtoie ainsi un principe de complétude³⁵. Développé par un auteur à propos du pouvoir du juge de relever d'office une règle de droit, qui devrait selon lui être une obligation dans la lignée de la conception de H. Motulsky, il trouverait ici à s'appliquer de manière particulièrement pertinente. Il ne s'agit pas de prouver à la place des parties mais de compléter les éléments de preuve qu'elles ont dû apporter. La dernière jurisprudence de la Cour de cassation l'applique même dans le cas où il ne

³³ Même si le visa n'est pas toujours le même, Civ. 2^e, 21 janv. 1993, *Bull. civ. II*, n° 28; Civ. 3^e, 6 févr. 2002, J.C.P. G. 2003.II.10014, note Moulin, *Procédures* 2003.3, n° 59, obs. Perrot; Civ. 2^e, 9 janv. 2003, *Procédures* 2003.3, n° 59, obs. Perrot; Civ. 2^e, 4 janv. 2006, pourvoi n° 04-15.280; Civ. 2^e, 28 juin 2006, *Bull. civ. II*, n° 174, J.C.P. G. 2006.IV.2622, *RTD. civ.* 2006.821, obs. Perrot; Civ. 2^e, 5 avr. 2007, *Bull. civ. II*, n° 76; Civ. 2^e, 22 mai 2008, pourvoi n° 07-10.484; Civ. 3^e, 23 janv. 2007, pourvoi n° 05-21.292; Soc. 23 sept. 2008, pourvoi n° 07-15.961; Civ. 2^e, 5 mars 2009, *Bull. civ. II*, n° 66, J.C.P. G. 2009.IV.1566; Com. 8 déc. 2009, *Procédures* 2009.2, n° 30, obs. Perrot; Civ. 3^e, 2 févr. 2011, pourvoi n° 10-30.427; Civ. 2^e, 8 mars 2012, n° 11-10679, *Gaz. Pal.* 2012.147.26, note Bléry.

³⁴ Roger PERROT, obs. sous Civ. 3^e, 6 févr. 2002, préc., note 34.

³⁵ Philippe BLONDEL, «La charge de la concentration et le principe de complétude», J.C.P. 2012.I.464; Philippe BLONDEL, «Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural», dans *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Paris, Économica 2006, p. 159; Philippe BLONDEL, «Le juge et le droit», dans *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 103, aux pages 156 et suiv.

s'agit pas seulement d'évaluer un préjudice établi mais aussi de déterminer si un vice caché est antérieur ou non à une vente, ce qui va plus loin³⁶.

Le principe dispositif n'est pas en cause car il est du devoir du juge de trancher le litige. Il n'a pas seulement l'obligation de connaître le droit, il a aussi celle de connaître les faits. «*À la maxime jura novit curia, il faudrait adjoindre la réplique facta novit curia : le juge...est d'abord un juge du fait, un juge de la preuve. Le juge a vocation directe et personnelle à connaître le fait*»³⁷. Les nombreux pouvoirs dont il dispose même d'office en matière d'instruction suffisent à l'illustrer. Il peut ordonner même d'office des mesures d'instruction (art. 147 CPC). Ainsi, lorsque l'article 10 C. civ. dispose que «*chacun*» est tenu de concourir à la manifestation de la vérité, le juge est compris dans l'occurrence. Certes il ne peut pas pallier la carence des parties (art 146 CPC)³⁸. Le «*commencement de preuve*» exigé pour permettre au juge de prononcer des mesures d'instruction «*classiques*» renvoie à une certaine vraisemblance des faits allégués qui est flexible. En effet, 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'assister³⁹. Il est alors encore une fois question d'aptitude à la preuve⁴⁰ qui sera notamment sollicitée en matière de principe de précaution. «*Nous vivons à une époque où l'on attend beaucoup de ceux qui détiennent une parcelle de l'autorité publique, trop peut être. Le juge n'échappe pas à la règle*»⁴¹.

³⁶ Soraya AMRANI MEKKI, «*Déni de justice et insuffisance de preuve : vers un principe de complétude ?*», *Gaz. Pal.* 2016.6.53.

³⁷ G. CORNU, préc., note 32, p. 111.

³⁸ Sur ce point, Mustapha MEKKI, «*Regards substantiels sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de "charge probatoire"*», dans Mustapha MEKKI, Loïc CADIEU et Cyril GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, coll. «*Thèmes et commentaires*», Paris, Dalloz, 2015, p. 7.

³⁹ Voir Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, n° 262 et suiv., p. 465 et suiv.

⁴⁰ Sur cette notion, voir Philippe BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Grenoble, 1993.

⁴¹ R. PERROT, préc., note 35.

B. Établir des preuves

14. **Les mesures d’instruction *in futurum*.** En outre, si le juge ne doit pas, en principe, pallier la carence des parties, tel n’est pas le cas si les parties le saisissent d’une demande de mesures d’instruction *in futurum* qui a précisément pour but d’y remédier⁴². Ainsi les parties peuvent le saisir avant tout procès non pas seulement pour conserver mais aussi pour établir des preuves (art 145 CPC). Il arrive même que les parties usent de l’article 145 CPC pour établir des éléments établissant non pas la preuve mais la vraisemblance ou le commencement de preuve permettant ensuite au juge du fond de la compléter. C’est ce qu’a admis la Cour de cassation en droit du travail où elle a permis d’user de mesures d’instruction *in futurum* pour établir les éléments laissant supposer une discrimination⁴³.

La seule condition est celle du motif légitime⁴⁴. Or, elle est suffisamment souple pour permettre de considérer que toute action visant à la protection de la nature pourrait y satisfaire puisqu’il ne s’agit pas de la défense d’un intérêt égoïste. Ceci dit, les mêmes causes devant avoir les mêmes effets, tel devrait être le cas dès lors qu’un intérêt diffus est protégé qu’il s’agisse de l’environnement, de la santé ou d’une grande cause. Une autre lecture du motif légitime consisterait à considérer que le motif légitime pourrait découler de l’inaptitude 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.

⁴² Soc. 19 déc. 2012, n° 10-20526 et n° 10-20528.

⁴³ *Id.* : « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l’application des dispositions de l’article 145 du Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d’un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ; Et attendu que la procédure prévue par l’article 145 du Code de procédure civile n’étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c’est dans l’exercice de son pouvoir souverain que la cour d’appel a retenu que les salariées justifiaient d’un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l’employeur disposait et qu’il refusait de communiquer ». Soraya AMRANI MEKKI, « Du bon usage des mesures d’instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. Pal.* 2013.145.26.

⁴⁴ Civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 13-14985, *Bull. civ.* II, n° 78. Sur ce point, voir F. GIRARD, préc., note 40, n° 263, p. 467

C'est d'ailleurs ce qui a inspiré la jurisprudence audacieuse envisagée précédemment qui permet au juge de condamner une partie à payer une provision *ad litem* en vue de financer les frais d'une mesure d'instruction *in futurum*. Même si on conçoit facilement les arguments politiques au soutien d'une telle jurisprudence, son orthodoxie juridique est contestable. Il est indéniable cependant que le coût de la preuve doit être pris en compte dans l'attribution de la charge de la preuve. Il a ainsi pu être proposé d'attribuer automatiquement le bénéfice de l'aide juridictionnelle en fonction non plus des sources de revenus mais de la nature de la cause à défendre. Cette thèse, défendue par notre collègue Laurent Neyret, se conçoit aisément⁴⁵ mais elle fait fi et des contraintes budgétaires de l'institution judiciaire et de l'étendue de ce nouveau critère d'attribution qui ne saurait être limité à la matière environnementale.

15. Droit à la preuve. Cet essor des mesures d'instruction *in futurum* alimente le débat sur l'existence d'un réel droit à la preuve. La Cour de cassation a en effet à plusieurs reprises évoqué l'existence d'un réel droit à la preuve, notamment dans un arrêt remarqué du 5 avril 2012⁴⁶ qui implique un rôle proactif du juge en la matière⁴⁷. Cependant, la jurisprudence a un domaine pour l'heure assez limité puisque le droit à la preuve est invoqué pour permettre l'éviction d'un principe fondamental. Il peut s'agir en vertu du droit à la preuve d'admettre une preuve volée, comme en matière sociale où il sert de fait justificatif, ou une preuve qui porte atteinte à la vie privée. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est également en ce sens⁴⁸.

Sur la base d'un réel droit à la preuve, a été défendu un recours systématique aux mesures d'instruction *in futurum* qui servirait de *discovery* à la française⁴⁹. Là encore, la nature de la cause défendue justifierait l'au-

⁴⁵ En ce sens, Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 795, p. 515.

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14177, *Bull. civ. I*, n° 85. Pour une étude d'ensemble, Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010; Gilles GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit : études*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ *LL c. France*, n° 7508/2, par. 40, 10 octobre 2006 (CEDH).

⁴⁹ En ce sens, L. NEYRET, préc., note 46, n° 796, p. 516.

tomaticité du motif légitime, seule réelle condition d'admission de telles mesures. Il faut cependant conserver une certaine mesure et penser globalement la procédure. Il n'y a pas plus de raisons de l'admettre en matière environnementale qu'en matière sanitaire, concurrentiel ou consommériste. C'est plus la nature des intérêts en cause, intérêts diffus, qui le justifie que la matière litigieuse. En outre, il faut tempérer l'efficacité des mesures d'instruction *in futurum* qui, contrairement à une réelle *discovery*, ne peuvent être générales ni servir à une *fishing expedition*.

La volonté d'aménager la charge de la preuve peut ainsi se faire juridiquement ou financièrement en gardant comme fil conducteur la question de l'aptitude à la preuve d'une part et de la nature des intérêts défendus, d'autre part. Reste cependant qu'en matière environnementale, l'objet de la preuve apporte encore ses singularités.

16. Raisonnement du juge. Les juges admettent parfois que l'absence d'autres éléments explicatifs équivaut à l'établissement de la preuve. Dans un jugement remarqué, le tribunal de grande instance d'Albertville a ainsi admis la réparation du dommage constitué par une mortalité anormalement élevée des abeilles, au motif qu'« à défaut de toute autre cause, la mortalité des abeilles qui, au printemps, descendaient chercher le nectar dans des zones proches mais plus ou moins polluées et dangereuses, ne peut donc s'expliquer que par l'intoxication par le fluor »⁵⁰. Il en a été de même dans le contentieux des antennes relais où les juges ont mis en exergue de l'absence de preuve de l'absence d'innocuité et la nécessaire protection de la santé⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme l'admet encore dès lors que l'incertitude est accompagnée par des éléments statistiques suffisants et convaincants⁵². On touche alors tant à la charge de la preuve qu'à son objet. Surtout, il y a un lien évident avec l'objectif poursuivi par la preuve qui est moins la recherche du vrai, du certain que l'établissement d'une vérité acceptable socialement⁵³.

⁵⁰ Trib. gr. inst. Albertville, 26 août 1975, J.C.P. G. 1976.II, n° 18384, note Rabino-vitch. Pour d'autres exemples, M. BOUTONNET, préc., note 15.

⁵¹ Sur le rappel de ce contentieux, Geneviève VINEY, « Le contentieux des antennes-relais », D. 2013.1489.

⁵² *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01, 27 janvier 2009, R.J.E. 2010.61, note Margenaud et Nadaud (CEDH).

⁵³ Voir Xavier LAGARDE, « Le traitement de la preuve ne pose plus une question de vérité, mais une question de légitimité », dans Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la*



Preuve et développement durable

* * *

17. La charge de la preuve en matière environnementale est révélatrice des difficultés plus profondes qui traversent le droit de la preuve en général : difficulté à figer une charge qui doit se concevoir de manière dynamique, difficulté à vouloir scinder artificiellement la question de la charge de celle de l'objet ou des modes de preuve, difficulté à justifier des dérogations au schéma de la preuve. S'il ne faut pas construire un droit de la preuve spécifique à la matière environnementale, il faut profiter des questions spécifiques qui sont posées pour redéfinir le droit de la preuve de manière générale.



justice, Paris, PUF, 2004, p. 1036 ; Xavier LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996.23.31.





Modes de preuve informels et développement durable : de l'influence probatoire de la certification des produits, services, ou organisations par des organismes institutionnellement reconnus

Anne Penneau*

Introduction	21
I. État des lieux du droit positif français : mesure de l'influence probatoire	27
II. Évolutions envisageables d'après une analyse systémique de la normalisation et de la certification	34



* Professeur de droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit sciences politiques et sociales, Université de Paris 13; Membre de l'IRDA; Codirecteur du Master Droit immobilier.





Résumé

Les pratiques entrepreneuriales montrent l'importance grandissante des évaluations par tierces-parties. Une certification y est le plus souvent associée. Elle se donne à voir par un label de qualité, qui représente la conformité de l'objet labellisé à un référentiel attaché à une marque collective de qualité déposée. L'évaluation par tierce partie décide de l'attribution du droit d'exploiter ladite marque. Des produits, des services et même des entreprises du point de vue de la qualité de leur organisation, peuvent être ainsi certifiés. Le développement durable n'échappe pas au phénomène, que ce soit sous la modalité d'une démarche à certains égards imposée ou au contraire volontaire.

Dans ce dernier cadre, les acteurs économiques recourent à la certification dans une intention marketing qui peut se suffire à elle-même. Mais, en cas de conflit avec un client relatif à la qualité des objets certifiés, les professionnels ayant investi dans une démarche de certification espèrent souvent que s'ajoute un retour sur investissement en termes de risque juridique. Face à quoi les juges français restent, quant à eux, manifestement circonspects et prudents, tout en ne rejetant pas toute influence de la certification de qualité pour apprécier des responsabilités ou une conformité. Un équilibre doit de toute évidence effectivement être trouvé s'agissant tout au moins d'un certain rôle probatoire de la certification. Ce qui suppose de mettre au premier plan une approche systémique : les conditions de production des normes et de la certification sont logiquement déterminantes de la valeur que l'on pourrait, à des degrés divers, leur accorder en tant que preuves.

Introduction

1. « Modes de preuve informels et « développement durable » : voici un thème défini par les organisateurs du colloque, qui semble d'emblée projeter vers deux nébuleuses.

Nébuleuse de la notion même de développement durable. Par cette notion, on vise un objectif : orienter l'activité des Hommes d'aujourd'hui de façon à préserver et/ou améliorer la qualité de vie des Hommes de demain. Comme en témoigne la définition officielle publiée par l'Union

européenne¹, la notion recouvre ainsi quatre gammes de l'activité humaine : environnementale (au sens écologie), sociale (au sens tant de droits de l'Homme que de relations de travail), sociétale (les diverses fibres du tissu social) et économique (l'organisation de l'entreprise en regard des précédents préoccupations)². Mais au-delà de cet énoncé aux allures limpides, il reste que chacune de ces gammes est propice à des interprétations variables, dont les termes concrets restent, en vérité, encore très largement à définir³. L'orchestration globale à laquelle la notion de développement durable est indéfectiblement attachée constitue, quant à elle, un défi de taille⁴.

La notion de mode de preuve informel suggérée par notre collègue Vincent Gautrais comme étant propre à situer la portée probatoire des certifications afférentes à un objectif de développement durable, s'apprioviserait-elle mieux que celle de développement durable ? Pour tenter de la définir on peut en référer au formalisme qui préside en certains cas à la

¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 Final (25 octobre 2011), p. 5 : La Commission propose de redéfinir la RSE comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». Pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base, ce processus visant :

- à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société ;
- à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer.

² À lire, une étude menée par un cabinet de conseil en communications, le champ lexical des discours des dirigeants des entreprises est révélateur : COMMUNICATION & ENTREPRISE et INFÉRENCES, *Analyse sémantique du discours corporate des entreprises sur le développement durable*, 2^e éd., 2012, en ligne : http://www.alterservices.fr/files/Etude_C_E_Inferences_Discours_corporate_Developpement_Durable_juin_2012.pdf.

³ À propos du versant écologique, voir Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI et Olivier LECLERC, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, t. 51, coll. « Droit et société », Série Sociologie, Paris, L.G.D.J., 2009.

⁴ Sur les écueils de la certification environnementale sur les produits, François-Guy TRÉBULLE, *op. cit.*, n° 17.

preuve. On sait en effet que, dans le procès civil, certains modes probatoires sont spécialement régis par la loi, qui institue un certain formalisme destiné à garantir la qualité et la fiabilité des preuves, comme en ce qui concerne par exemple l'aveu ou encore le témoignage écrit ou, plus en lien avec le développement durable, l'expertise judiciaire dont le régime légal a récemment été renforcé⁵. En considération de quoi, on peut concevoir d'opposer les sources spécialement régies par la loi à celles qui ne le seraient pas, en se coulant dans le débat sur le pluralisme juridique auquel renvoient tout naturellement les certifications fondées sur des référentiels issus d'une production normative institutionnellement organisée, mais qui ne présente pas les caractères du droit dur⁶. Rapportées à une logique probatoire, les preuves informelles peuvent ainsi se concevoir comme des preuves puisées dans l'univers du droit mou, en l'occurrence l'univers de la certification avec ses référentiels. Preuves sans statut juridique légal propre, elles se distingueraient néanmoins dans le magma des indices probatoire par le fait d'une influence déterminante sur le procès, en raison de leur aura institutionnelle.

Ainsi compris, notre sujet consiste à valider ou non l'hypothèse d'une influence probatoire spécifique des certifications de développement durable, dans un champ que l'on circonscrit au contentieux civil⁷.

2. En première intention, les démarches de certification s'inscrivent dans un cadre non contentieux. Les entreprises cherchent à être attractives lorsqu'elles font évaluer leur production, leurs services ou leur organisation d'après des référentiels comportant un certain nombre d'exigences, comme dans le cas de la certification ISO 9000 mondialement connue. Leur but est de pouvoir exploiter un label qui, sous l'empire du droit français, peut être attaché à une marque collective reliée à un référentiel,

⁵ Ainsi, on la trouve employée par un auteur à propos du silence d'un bailleur lorsqu'il s'agit de savoir s'il a ou non accepté une prorogation d'un bail où la Cour de cassation renoue avec le très ancien droit romain, en réintroduisant massivement le principe du parallélisme des formes dans la modification ou l'extinction des obligations contractuelles : Com. 27 févr. 1996, *RTD civ.* 1996.643, obs. Pierre-Yves Gauthier.

⁶ Anne PENNEAU, « Le pluralisme juridique à l'épreuve des évolutions contemporaines du dialogue entre droit et technique », dans *Mélanges offerts au Professeur Pascale Bloch*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 347 et suiv.

⁷ Sur l'aspect droit pénal, dans le sens de nos conclusions, Madeleine LOBE LOBAS, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Revue Environnement* 2014.3.19.

marque qui est alors déposée et jouit d'une protection propriétaire⁸. Les entreprises ou autres acteurs économiques peuvent afficher ledit label sur leurs documents commerciaux ou les produits qu'ils exposent à la vente. L'objectif est en première intention d'ordre marketing et repose sur l'espoir d'un renforcement d'attractivité commerciale par le fait de la notoriété de la marque associée au signe distinctif, qui est censée largement reposer sur l'objectivation des évaluations par tierces parties réalisées à partir du référentiel. Mais une autre intention se dessine souvent avec la première : disposer d'un argument de poids vis-à-vis des juges en cas de litige avec le client et donc faire de la certification un outil de maîtrise du risque juridique en la hissant au rang de mode de preuve privilégié de la qualité. L'espoir est alors que la certification permette de faire présumer la qualité de l'exécution contractuelle lorsqu'elle est mise en cause en termes de non-conformité ou de responsabilité pour manquement à une obligation de résultat ou de moyens. La préconstitution de la preuve est, de fait, une préoccupation essentielle dans les milieux de la pratique. Ce qui suppose de sonder et d'analyser le droit positif sur la portée probatoire des certifications répondant aux conditions du droit des marques collectives. Ont-elles vocation à être prises en compte par le juge ? Ont-elles à être prises en compte en tant que purs indices relatifs à l'établissement de situations de fait litigieuses ? Ou bien ont-elles à être prises en compte en tant que véritables preuves au titre d'un pluralisme juridique latent ou assumé ? On pressent que les réponses du droit canadien et du droit français pourraient ne pas être identiques...

3. Une approche fine des traits dominants de la certification environnementale est un préalable indispensable à la réflexion.

A cet égard, on peut commencer par mettre en relief le constat du fait que l'aura contemporaine de la certification en Europe est le fruit de la reconnaissance institutionnelle des démarches de normalisation tout aussi bien que de certification dans la première moitié du XX^e siècle⁹. Cette reconnaissance a consacré le caractère d'intérêt général de la démarche. Par ailleurs largement laissée sous le pouvoir des syndicats de métier, elle a été reliée à l'action publique. C'est ainsi qu'en France, la normalisation

⁸ Sur les rouages des relations entre titulaire de la marque de certification, organisme de certification et opérateur certifié, cf. Anne PENNEAU, « La certification environnementale », *J.-Cl. Environnement*, fasc. 5300.

⁹ Anne PENNEAU et Denis VOINOT, « Normalisation », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 970.

et la certification nationale ont été confiées à l'association française de normalisation (AFNor.), association de droit privé largement animée par les professionnels eux-mêmes, mais dotée d'un statut réglementaire la plaçant par ailleurs sous une tutelle étatique. De cette façon, les activités de normalisation et de certification entraînent en réalité ensemble sous la houlette des Etats. Dans un même mouvement, l'AFNor. a reçu le monopole de la marque «NF» rattachée par son texte fondateur à une conformité aux «normes homologuées», dont la procédure d'élaboration était, à cette époque, rigoureusement organisée.

La consécration du couple normalisation-certification, apparaît ainsi finalement comme l'une des manifestations premières d'un partenariat public privé destiné à monter en puissance au XXI^e siècle dans divers domaines¹⁰. Ce en quoi, plus généralement, elle participe de cette tendance de nos sociétés modernes à la domination du politique par l'économique, en rendant perméable la sphère de l'action publique et celle de l'action privée, y compris dans la réalisation de missions d'intérêt général. Les pouvoirs publics entendent aujourd'hui, tant au plan européen¹¹ qu'international¹², faire jouer un rôle important à ce couple pour réaliser les objectifs de développement durable inscrits dans une logique de croissance économique¹³.

Dans la pratique des choses, la participation des professionnels peut parfois déjouer la logique consensuelle qui est censée présider au mode de fonctionnement des organismes de normalisation institutionnellement reconnus et les normes relatives au développement durable sont particulièrement exposées à ce risque. Historiquement, le couple normalisation-certification n'a agi, dans une logique productiviste puis consumériste, que dans le domaine restreint des produits. De sorte que les dérives de la démarche consensuelle y étaient repérables, puisque les référentiels de normalisation consistaient en des données tirées des sciences dures, dont

¹⁰ Anne PENNEAU, « Sur une forme atypique de partenariat public-privé, le système de la certification par tierce partie: la signature électronique », dans *L'externalisation de l'activité administrative et le partenariat public-privé. Actes du colloque international de Beyrouth du 19 décembre 2008*, Beyrouth, CEDROMA, Université de Saint-Joseph, 2012.

¹¹ *Id.*, n° 6.

¹² Via ici l'ISO préc.

¹³ François-Guy TRÉBULLE, « Entreprise et développement durable » (1^{re} partie), *Revue Environnement* 2010.12.11 ; Philippe JURGENSEN, « Acteurs privés, pouvoirs publics, organismes internationaux : quels rôles ? », *Cahiers français* 2010.335.33.

l'appréciation objective pouvait assez facilement être mise en lumière, particulièrement à cette époque. Mais la globalisation et l'accroissement des activités du secteur secondaire aussi été saisis par la normalisation et la certification sous l'égide de l'International Standardisation Organisation (ISO). Cette association internationale créée dès 1946, a regroupé les organismes de normalisation nationaux du monde entier ou presque, puis les organismes de normalisation européenne quand ils sont apparus, pour jouer un rôle décisif dans la diversification des objets de la normalisation et de la certification. Dans l'objectif d'ouvrir les marchés, la démarche de certification traditionnellement portée sur les produits a été déplacée vers l'organisation des entités de production via la fameuse « démarche Qualité », qui a donné les certifications de la famille ISO 9000 mises à l'étude dès 1979, puis largement déployées sous l'influence des acteurs économiques.

L'ISO a, dans sa lancée, ensuite saisi la matière environnementale, avec la famille ISO 14 000 apparue à partir de 1996. Puis, sans faillir dans sa conquête de la régulation de tous les domaines et les aspects de l'activité humaine, elle s'est plus récemment saisie de la question sociétale, phare du développement durable *stricto sensu*. En octobre 2010, elle a ainsi publié la norme ISO 26 000, qui se propose de guider la gouvernance de l'entreprise tant en ce qui concerne les droits de l'Homme, que les relations et conditions de travail, l'environnement, la loyauté des pratiques, la relation aux consommateurs, les communautés et bien sûr l'écologie. Pour autant, officiellement et de façon très atypique, l'ISO a, pour répondre aux réticences fortes que ce projet de normes a suscité de la part de plusieurs pays et emporter finalement leur vote favorable, présenté cette norme comme n'étant pas « certifiante ». Il est cependant notoire que les certifications ISO 26 000 vont néanmoins bon train dans la pratique, plus ou moins maquillées et de plus en plus affichées pour ce qu'elles sont, au point que le Barreau de Paris – il n'est pas le seul, mais son cas ne manque pas d'une certaine saveur – s'est récemment fait certifier ISO 26000 par « AFNOR-certification », société par action simplifiée créée par l'association française de normalisation (AFNor.) pour diriger les activités de certification en lien avec la normalisation française¹⁴.

¹⁴ Étant entendu que le droit économique européen condamne le soutien des États membres à des actions de promotion de normes nationales, le *Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation*, J.O. 17 juin 2009, p. 9860 a totalement achevé le processus de déréglementation de la marque NF et ainsi favorisé une confusion sur la portée de ladite certification. Cf., *infra*, n° suivant.

4. La réflexion que l'on propose suppose de commencer par dresser un état des lieux de la réception juridique en termes probatoires des certifications relatives à la normalisation élaborée par des organismes tels que l'AFNor. Elle se poursuivra dans une direction prospective visant à dessiner les tendances souhaitables de l'évolution du droit positif d'après une analyse systémique des activités de normalisation et de certification.

I. État des lieux du droit positif français : mesure de l'influence probatoire

5. On traitera ici de l'influence probatoire de la certification plutôt que de la force probatoire attribuée par la jurisprudence à la certification après avoir, en premier lieu, situé mais néanmoins les rapports entre règle de preuve et règle de fond ainsi que la portée obligatoire des normes et de la certification en tant que telles.

6. La réception juridique des normes et de la certification en tant qu'obligations est subtile et à approcher avec discernement. Car, en principe inscrite dans l'ordre des démarches volontaires, leur autorité s'affirme néanmoins désormais par différents relais puissants, dont la prise en considération ne doit pas être négligée.

En termes de principe, que l'on parle de normalisation de produits, de services ou d'organisation, le droit français s'est construit sur la règle de l'application volontaire des normes, qui a finalement été consacrée par la dernière réforme du statut de la normalisation intervenue en 2009¹⁵. Par ricochet, ce principe s'étend à la certification « NF » attachée au respect de référentiels de l'AFNor¹⁶, dont ladite réforme a au demeurant parachevé la dérèglementation qui s'était esquissée auparavant. Le principe du volontariat supporte néanmoins des exceptions de deux ordres : légal et contractuel.

Concernant tout d'abord la loi, elle peut être à l'origine de l'exception, soit directement en créant une véritable obligation de certification

¹⁵ Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, J.O. 17 juin 2009, p. 9860, article 17 : « Les normes sont d'application volontaire. Toutefois, les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. »

¹⁶ Sur cette marque, cf. Nicolas MATHEY, « La certification », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 880 ; Anne PENNEAU, *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 970, préc., n° 14.

soit en provoquant une simple obligation de fait de recourir à la certification pour certains.

D'un côté – et le droit du développement durable en est particulièrement illustratif – la loi ou la réglementation peuvent, à proprement parler, imposer une certification. Ainsi, le marquage «CE», obligatoire pour la mise sur le marché d'un certain nombre de produits définis par voie de directives, a pour objet, non seulement la protection de la santé et la sécurité des personnes, mais aussi la protection environnementale depuis quelques années¹⁷. Par ailleurs, divers règlements rendent obligatoire des certifications au cas par cas : par exemple, le label «haute performance énergétique» de construction, imposé aux termes des articles R.131-25 et s. CCH. De tels labels ressortissent de la qualification émergente de «label public», qui permet de différencier les labels appuyés sur une réglementation qui les impose et détermine *a minima* les objectifs de leurs référentiels par rapport à d'autres formes de certification plus classiques et non encadrées réglementairement¹⁸.

D'un autre côté, certaines certifications tendent à s'imposer dans la pratique en dehors d'une contrainte légale directe, mais en rapport avec une obligation imposée par la loi. Ainsi en va-t-il lorsqu'une entreprise est soumise à l'obligation de produire des bilans, des rapports ou des plans relatifs à certains risques tels que la santé et la sécurité au travail¹⁹ ou plus largement sur la RSE face au développement durable²⁰. Pour aider les

¹⁷ Le fait que ce marquage ne se présente pas techniquement comme une marque de conformité du point de vue du droit de la propriété intellectuelle n'a pas d'incidence sur cet aspect de notre raisonnement.

¹⁸ Guillaume HENRY, «L'Analyse Écologique du Droit : un nouveau champ de recherche pour les juristes», *RTD com.* 2014.289.

¹⁹ Article L. 4121-2 et article L. 4121-3 du Code du travail. Cf. Rapport du conseil économique, social et environnemental et l'avis présenté par M. Christian Dellacherie en juin 2010, sur lequel Anne PENNEAU, «La certification des entreprises dans le domaine de la santé au travail», *J.C.P. S.* 2011.38., Étude n° 1408.

²⁰ Article L. 225-102-1, al. 5 du Code de commerce : Ce texte prévoit que le rapport présenté par le conseil d'administration ou le directoire de sociétés d'une certaine envergure et précisées par la loi «comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Un décret en Conseil d'État établit deux listes précisant les informations visées au présent alinéa ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à per-

entreprises à satisfaire aux exigences d'évaluation imposées par le législateur, des sociétés spécialisées ont été créées, proposant leurs compétences pour auditionner les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan. Elles proposent aussi souvent d'établir une attestation de conformité aux référentiels qu'elles utilisent pour l'audit, ce qui caractérise une démarche de certification. Pour nombre d'entreprises, le recours à de telles prestations de services apparaît à la fois comme une nécessité et comme une opportunité pour être à l'abri des sanctions diverses et importantes qu'un manquement peut déclencher.

D'un autre côté, l'obligation de respecter une norme ou de détenir une certification peut, indépendamment cette fois de toute source légale, résulter de la pratique contractuelle qui, dans de tels cas, vise à circonscrire le risque du contrat dans les relations *inter partes*²¹. Les compagnies d'assurance imposent ainsi parfois une certification aux professionnels qu'elles assurent ou, à l'inverse, tentent de les rassurer sur la qualité de leurs services en se faisant elles-mêmes certifier. De même, dans les contrats de sous-traitance, les sous-traités publics ou privés conditionnent de plus en plus souvent le choix de leurs sous-traitants à des certifications. Enfin, dans les contrats entre professionnel et consommateur, l'insertion d'une certification du produit ou du service réalisé et qui tend à se répandre²². Le fait que ces pratiques figurent dans des contrats types ou

mettre une comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé». Selon le *Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale*, novembre 2013 : « Certaines sociétés ont développé des éléments très précis, parfois même à la marge des dispositions prévues par le décret, tels que la politique d'évaluation des fournisseurs en matière de développement durable, le montant des investissements couvrant la prévention et protection en matière d'hygiène, de sécurité et de santé, la part de l'activité couverte par un engagement de certification ou de labellisation, etc... ».

²¹ Jean-Guy BELLEY, « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle », (1996) 37-1C. de D. 37, 40; Hélène AUBRY, « La force obligatoire des normes techniques : vers une contrainte de fait ? », *La normalisation en France et dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 2012, p. 33 et suiv.

²² Une décision récente l'illustre à propos d'une certification environnementale volontaire dans un contrat de construction de maison individuelle et considère, au visa de l'article 1315 C. civ., que, lorsque l'obtention d'une certification est prévue dans le contrat, c'est au professionnel qui s'en prévaut de démontrer que les conditions en étaient réunies dans le cas où il n'est pas en mesure de justifier de l'octroi du label : Civ. 3^e, 16 juin 2015, pourvoi n° 13-11609.

sont tout au moins fréquentes est propre à conférer une véritable autorité de fait à la certification²³.

Cette autorité de fait est à certains égards un terrain propice au développement d'une autorité probatoire plus générale des certifications. Mais la jurisprudence a conservé une position très prudente.

7. S'agissant en premier lieu de l'état de la législation en la matière, rien d'étonnant à constater qu'aucun texte d'ordre général ne détermine comment le juge doit se positionner face à l'existence, ou au contraire l'absence d'une certification lorsque l'une des parties l'invoque²⁴.

Mais le régime spécial de la responsabilité du fait des produits défectueux comporte une disposition très originale et instructive, qui touche de près notre sujet. L'article 1386-10 du code civil définit, en effet, indirectement la portée juridique de la certification via celle qu'il attribue explicitement aux normes techniques, qui sont les référentiels de la certification : « Le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative » (Art. 1386-10 c. civ.)²⁵. Parfait révélateur du lien indéfectible qui existe entre règle de

²³ François-Guy TRÉBULLE, « L'influence de la crise sur le Grenelle de l'environnement », R.D.I. 2010.15 ; Laurence BOY, « Normalisation et certification dans le photovoltaïque : perspectives juridiques », R.J.E. 2012.305 ; Anne PENNEAU, « Le pluralisme juridique à l'épreuve des évolutions contemporaines du dialogue entre droit et technique », *Mélanges offerts au professeur Pascale Bloch*, Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 10 et suiv.

²⁴ La loi sanctionne pénalement le fait d'usurper une certification volontaire (art L. 121-6 du Code de la consommation). Mais aucune disposition ne sanctionne la mise sur le marché d'un produit soumis à une obligation de certification autrement que par le risque de retrait du marché.

²⁵ Il y a là un choix du droit français qui va au-delà de ce que la directive européenne (*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*, [1985] J.O. L 210/29), qui est à l'origine du régime spécial prévoit. Car l'article 1386-10 a été créé en dehors des prévisions de la directive. Cette dernière est néanmoins transposée notamment dans le dispositif de son article 7 (e) qui exclut la responsabilité du producteur « lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Ce dernier aspect vise à prendre en considération le risque de développement en faveur du professionnel. Le droit européen s'est arrêté à cette affirmation en 1985. Mais le droit

fond et règle de preuve, ce texte est à double détente. Littéralement, il affirme une règle de fond qui enjoint aux juges de ne pas considérer que la conformité aux normes suffise à attester du caractère non défectueux du produit. Par ricochet, il commande une règle de preuve selon laquelle une certification de conformité aux normes ne peut elle-même suffire à fonder la conviction du juge relativement au caractère non défectueux du produit.

Un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 20 novembre 2013²⁶ illustre son application. En l'espèce, il s'agissait d'un pulvérisateur de substances pour traiter les végétaux, dont le bouchon avait cédé à la pression et blessé son utilisateur. Ce dernier avait demandé réparation sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du code civil et ainsi bénéficié de la posture probatoire *a priori* avantageuse offerte par ce régime à la victime. Mais le fabricant avait tenté de riposter en opposant, outre plusieurs arguments puisés dans le rapport d'expertise, le fait que son entreprise était, à l'époque de la mise sur le marché, bénéficiaire d'une certification ISO 9001 dans sa version en vigueur. Il avait aussi invoqué, à propos du pulvérisateur lui-même, une certification par des laboratoires allemands. Tout comme en première instance, l'appréciation de la cour d'appel est tombée comme un couperet: «*il résulte de l'article 1386-10 du code civil, que le fait que l'appelante bénéficie d'une certification ISO 9001 (2000) est sans incidence sur la responsabilité encourue au titre des produits défectueux, de même que le fait que les pulvérisateurs Pulsar soient homologués par un laboratoire allemand*». Aux yeux des juges, la certification d'une organisation du producteur ou du produit litigieux lui-même ne constitue pas la preuve du caractère non défectueux.

En second lieu, hors cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux, un petit noyau d'arrêts peut être considéré comme ayant une portée significative, même si la consultation des bases de données fournit

français, survenu 13 ans plus tard, est allé plus loin et a précisé, à travers l'article 1386-10, que la conformité aux normes et implicitement donc la certification qui atteste de cette conformité, n'est pas en soi une preuve du fait que le produit n'était pas défectueux où il a été fabriqué.

²⁶ 10^e chambre, 20 nov. 2013, n° 2013/475, *Madame M, CPAM des bouches du Rhône c. SAS exel GSA*; dans le même sens, mais moins significatif dans la mesure où la référence à la certification obtenue ne transparait que dans les moyens soulevés pour obtenir la cassation qui reproche à la cour d'appel de s'être prononcée par simple affirmation, Civ. 3^e, 23 oct. 2013, pourvoi n° 12-12095.

peu d'illustrations de références à la certification en jurisprudence. Les décisions existantes s'inscrivent dans la logique du droit français de la responsabilité d'une part et d'autre part, elles rejoignent les deux orientations de la jurisprudence relative à l'influence du respect des normes techniques qui peut être invoqué hors toute référence à une certification, le respect des normes ne supposant pas inéluctablement une certification. Ainsi y voit-on que l'existence d'une certification n'est d'une part pas un critère suffisant pour apprécier la bonne exécution d'un contrat, mais d'autre part peut constituer un indice pour l'appréciation du juge.

La première proposition se retrouve dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 23 octobre 2013. En l'occurrence, la Cour d'appel avait débouté un maître de l'ouvrage qui demandait réparation des malfaçons à un constructeur, qui opposait pour argument essentiel que son entreprise était certifiée pour se défendre. L'arrêt rendu en appel est cassé, au motif qu'il était « insuffisamment justifié » qu'« en statuant ainsi, par simple affirmation, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 CPC », et a donc insuffisamment motivé sa décision. Le pourvoi avait, lui, mis en lumière les conclusions de l'expert selon lesquelles toutes les spécifications du référentiel attaché à la certification n'étaient pas satisfaites. Derrière la formulation laconique de la cour de cassation, se trouve donc manifestement l'idée que l'octroi d'un label ne crée pas, par lui-même, de présomption de conformité au bénéfice du professionnel qui l'invoque.

Pour autant, la jurisprudence est irradiée par une seconde proposition qui, cette fois, témoigne d'une certaine influence probatoire de la certification. Les juges du fond font parfois référence à l'octroi d'un label certification en tant qu'indice de conformité à des obligations professionnelles²⁷. La Cour de cassation n'y est, sans surprise, manifestement pas hostile si l'on en juge par un arrêt rendu le 5 février 2014 par sa chambre commerciale²⁸ à propos de la garantie légale de conformité prévue par le code de

²⁷ Civ. 26 juin 2008, pourvoi n° 07-00508 mentionnant, aux côtés d'autres arguments tendant à démontrer la conformité d'une construction, que le maître de l'ouvrage ne pouvait pas justifier d'un refus du label PROMOTELEC ; Com. 14 janv. 2014, pourvoi n° 12-25942 relève le fait qu'un « label rouge » a été suspendu dans une décision qui retient la responsabilité d'un fournisseur pour le préjudice commercial résultant des défauts des produits fournis.

²⁸ Pourvoi n° 12-27927.

la consommation²⁹. Les moyens du pourvoi apprennent en effet que, pour tendre à démontrer la non-conformité, un consommateur s'appuyait sur un raisonnement analogique. Il faisait valoir que, les spécifications de la certification NF relatives au produit litigieux n'étant pas respectées, il y avait non-conformité, alors même que la certification NF n'était ni légalement ni contractuellement obligatoire. La Cour d'appel avait rejeté cette démonstration par référence au caractère non obligatoire des normes et avait sur cette base dénié implicitement que les qualités certifiées puissent être considérées comme traduisant la conformité. Ce que le pourvoi a contesté en arguant de ce que « ce n'est pas parce qu'une norme ou un label n'est pas obligatoire que nécessairement il ne correspond pas à une qualité que le consommateur en attend, sinon dans un rapport de stricte conformité, au moins dans un rapport de comparaison ». Argument qui a porté, l'arrêt attaqué ayant été cassé pour manque de base légale sur le visa de l'article L 211-5 c. conso, au motif que les juges du fond s'étaient fondés « sur une considération générale sans constater que le bien vendu était propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable ».

Au total donc, la référence à une certification pour prouver une non-conformité ou une faute peut jouer un rôle en droit français³⁰. Mais aucune présomption n'y est attachée et il revient aux juges du fond d'apprécier les situations au cas par cas, sous un contrôle de la motivation scrupuleusement exercé par la Cour de cassation. Quant aux orientations de la

²⁹ Article L. 211-5 C. conso. (*Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005*, JORF 18 févr. 2005, p. 2778) :

« Pour être conforme au contrat, le bien doit :

1° Être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :

- correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;
- présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ;

2° Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté. »

³⁰ On peut mettre cette position en parallèle du droit des marchés publics qui proscriit la référence à des labels comme condition exclusive figurant aux cahiers des charges. Pour une illustration à propos d'un écolabel : *Commission européenne c. Royaume des Pays-Bas*, Affaire n° C-368/10, (10 mai 2012), AJDA 2012, p. 982 (CJUE) ; Noémie PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », R.D.P. 2014.1249.

jurisprudence et les évolutions que l'on pourrait leur envisager, elles renvoient à une analyse systémique de la certification.

II. Évolutions envisageables d'après une analyse systémique de la normalisation et de la certification

8. Après l'état des lieux, vient le temps de l'appréciation critique des orientations actuelles du droit positif et de tenter de cerner les évolutions à préconiser. Il s'agit alors d'analyser le rôle probatoire de la certification d'après les finalités du droit, ce qui nous renvoie donc naturellement à une approche systémique pour apprécier si les solutions actuelles sont fondées en regard des caractéristiques du système de la certification ou si elles devraient évoluer et en ce cas jusqu'où tirer la plasticité notoire du droit de la preuve largement éprouvée au fil de l'histoire³¹. En des termes pragmatiques, pourrait-il être considéré que la référence à la certification soit une alternative souhaitable ou en tous les cas acceptable pour améliorer la qualité de la Justice ? Dans le contentieux du développement durable, en référer à la certification de façon plus large ou plus laxiste qu'aujourd'hui permettrait-il de résoudre les difficultés de l'appréciation judiciaire des données des espèces caractérisées par une grande complexité aussi bien en ce qui concerne l'appréciation des faits litigieux que de la détermination des termes de l'obligation ?

En l'état, le juge ne peut être éclairé sur les aspects techniques et scientifiques des litiges que par des techniciens ou experts. Mais le processus est long et coûteux. Il pourrait dès lors paraître opportun, dans la mouvance d'une réforme en marche de la Justice qui prétend améliorer son accessibilité et sa productivité par divers chemins de traverse ou raccourcis, de dépasser l'état actuel du droit français sur la portée juridique de la certification et d'admettre notamment qu'une certification de la qualité d'un produit, d'un service ou d'une organisation puisse générer une présomption au bénéfice de celui qui s'en prévaut à titre d'argument propre à le dégager d'une responsabilité ou d'une non-conformité dont il lui est fait grief. Mais la proposition de tenir la certification pour une preuve « prête à l'emploi » au moment où un litige surviendrait pourrait bien, sous couvert de servir la célérité de la Justice, promouvoir une vision somme toute ultra libérale du pluralisme juridique.

³¹ Jean-Louis HALPÉRIN, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications* 2009.84.21.

Des auteurs éclairés nous invitent depuis déjà longtemps à prendre garde à la soumission du droit à la technique et plus exactement, à la soumission du droit aux lobbies économiques, dont le marché de la certification en plein essor pourrait être un redoutable ressort. Parmi ces auteurs, certains ont pointé du doigt les conflits d'intérêts créés par le système de l'expertise lui-même. Ainsi Oppetit a souligné très tôt les risques de l'emprise de l'expertise sur la décision judiciaire³². Un ensemble de contributeurs s'exprimant par la plume d'Antoine Garapon³³ ont plus récemment montré l'actualité persistante du problème. Jacques Chevallier, si favorable au principe même d'un droit post-moderne fondé sur le pluralisme juridique ne manque pas non plus d'en dénoncer les risques³⁴. Des sociologues du droit, comme Jean-Guy Belley³⁵ ou Jean-Arnaud André ont aussi écrit dans le même sens. Or, une connaissance suffisamment fine des arcanes des *process* et du droit de la certification actuels invite à prendre au sérieux le risque d'aller à contresens de l'amélioration de la qualité de la Justice en accordant, en l'état, un rôle probatoire majeur à la certification. Ce tout au moins vis-à-vis de la certification volontaire : de nouvelles formes de certifications qui ne concernent que des produits et ont un caractère obligatoire pourraient cependant appeler une ouverture à un changement limité.

Vis-à-vis en premier lieu, des certifications qui sont purement volontaires pour les professionnels, ce qui représente le principe, force est de constater que le droit de la certification ne permet pas, à l'heure actuelle, de maîtriser suffisamment l'interférence des conflits d'intérêts, que la

³² Bruno OPPETIT, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », dans *X^e colloque de l'IEJ de Poitiers*, Paris, PUF, 1975, p. 59.

³³ Antoine GARAPON, « Incertitude et expertise : l'expertise française sous le regard international », dans Antoine GARAPON (dir.), *Séminaire risques, assurances, responsabilités 2004-2005 : le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_grarapon_incertainitude_expertise.pdf.

³⁴ Jacques CHEVALLIER, *L'état post-moderne*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2014, p. 87 et 148 et suiv.

³⁵ Jean-Guy BELLEY, *Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit*, XVII^e Congrès international des sociologues de langue française (AISLF), Tours, juillet 2004, en ligne : http://w3.aislf.univ-tlse2.fr/cr3/cr3_T_Guibentif.pdf.

Justice se doit précisément de dépasser³⁶. Le système actuel n'autorise donc pas à reconnaître aux certificateurs l'aura d'auxiliaires de la Justice qu'induirait nécessairement une portée probatoire automatique des certifications fondée sur un jeu de présomptions. Le dispositif légal et réglementaire visant à créer des garanties d'objectivité et de performance propres à répondre à des préoccupations probatoires laisse planer le risque de dysfonctionnements incompatibles avec les exigences de la Justice. On peut le démontrer, succinctement ici³⁷, tant en ce qui concerne la qualité du référentiel utilisé par le certificateur, qu'en ce qui concerne la qualité de l'évaluation réalisée par ce dernier.

À propos, d'une part, des conditions de l'élaboration des référentiels sur lesquels les certifications sont appuyées, il faut s'interroger sur la pertinence de leur teneur eu égard aux données spécifiques du litige à propos duquel la certification appuyé sur de tels référentiels est convoquée. Admettre qu'une certification du produit vendu ou du service réalisé puisse évacuer la responsabilité d'un professionnel supposerait que l'on puisse garantir que le référentiel sur laquelle repose cette certification reflète, tout à la fois, les caractéristiques litigieuses et corresponde aux données actuellement acquises de la science et de la technique de l'époque pertinente pour l'appréciation judiciaire. Or, de telles garanties n'existent pas avec certitude dans tous les cas d'espèce. Notamment, les référentiels peuvent s'éloigner de l'état de la science et de la technique par le fait de défaillances au stade leur élaboration. Il peut notamment advenir que toutes les parties prenantes ne soient, en réalité, pas représentées dans l'instance qui établit le projet de norme³⁸. Dans le domaine particulier de

³⁶ Pascal LOKIEC, «La contractualisation et la recherche d'une légitimité procédurale», dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative. Actes du colloque organisé par le Centre René Demogue de l'Université de Lille 2 en 2007*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2008.

³⁷ Pour des développements plus complets, cf. Anne PENNEAU, «Standardisation et certification : les enjeux européens», dans Régis BISMUTH (dir.) *La standardisation internationale privée, Aspects juridiques*, éd. Larcier, Droit international, 2017, 129 et suiv.

³⁸ Voir par exemple à ce sujet Éric FRIES GUNNENHEIM et Guy TCHIBOZO, «Une analyse économique de la normalisation de l'assurance-qualité» et Michel SONNTAG, «Approche socio-cognitive de l'assurance qualité. Rédaction des procédures qualité et apprentissage organisationnel», dans GROUPE D'ÉTUDES INTERUNIVERSITAIRES EN SCIENCES DU TRAVAIL, *Certifier la qualité ?*, Strasbourg, PU Strasbourg, 1998 ; Hounaida BEN

la certification NF, les normes homologuées de l'AFNor., pourtant soumises à des conditions d'élaboration réglementées, peuvent souffrir d'avoir été établies dans les conditions d'un déséquilibre factuel entre les parties prenantes censées être sur un pied d'égalité. Par ailleurs, la marque NF peut elle-même, tout comme d'ailleurs l'ensemble des certifications proposées par d'autres organismes, être attachée à des référentiels dont l'élaboration échappe à toute contrainte juridique, le droit de la certification auquel ces certifications sont soumises exigeant seulement à rendre le référentiel accessible au public³⁹. Par ailleurs, rien ne garantit que les référentiels de certification volontaire touchent précisément aux aspects de la qualité litigieux, les finalités du label de certification étant à la discrétion de ceux qui les conçoivent et, en pratique souvent difficile à cerner. Les risques sont encore accrus lorsque la certification ne vise que les processus de l'entreprise qui réalise lesdits produits ou services et donc son organisation, car alors, il est bien plus difficile d'évaluer le décalage qui pourrait exister entre le fonctionnement réel de cette organisation et l'affichage que l'entreprise a pu en faire au moment de l'évaluation par le certificateur.

À propos, d'autre part, des aléas de l'évaluation elle-même, il existe un système d'« accréditation » par organisme tiers destiné à établir des garanties d'une évaluation compétence, indépendante et impartiale par le biais d'une évaluation de l'organisme de certification lui-même. Sous l'influence du droit européen, cette accréditation est devenue obligatoire en droit français dans les cas de certification de produits et de services⁴⁰

YOUSSEF, Gilles GROLLEAU et Khaïreddine JEBI, « L'utilisation stratégique des instances normatives de normalisation environnementale », *Rev. Int dr. Eco.*, 2005.4.367; Franck COCHOY, « De l' "AFNOR" à "NF" ou la progressive marchandisation de la normalisation », en ligne : http://hal.archivesouvertes.fr/docs/00/17/90/46/PDF/Reseaux_Une_petite_histoire_de_NF.pdf. Voir aussi Laurence BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droit communautaire et international », dans Estelle BROSSET et Ève TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La documentation française, 2006.

³⁹ A. PENNEAU, préc., note 8, n° 40 et suiv.

⁴⁰ *Règlement CE n°765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits*, [2008] J.O. L 218/30. Le régime français a étendu le domaine de l'obligation à la certification volontaire des services destinés aux consommateurs : art. L.115-28 du Code de la consommation.

destinée à des consommateurs, de façon à mettre un peu d'ordre dans la course aux certifications douteuses et par ce anticoncurrentielles. Mais le mécanisme de l'accréditation est susceptible de présenter les faiblesses de toute évaluation par tierce partie et il n'est pas assuré que le Comité français d'accréditation (COFRAC) chargé d'agir puisse œuvrer dans toutes les conditions souhaitables en pratique.

La conclusion sera donc ici ferme : le système de la certification volontaire ne présente pas aujourd'hui de garanties suffisantes pour que les réalisations qui en sont issues méritent d'être gratifiées de la qualité de mode de preuve informel s'il s'agit, comme nous l'avons posé, de suggérer par cette qualification que ces certifications auraient une portée probatoire propre. D'ailleurs, les errances de ce système sont aujourd'hui pointées du doigt par un avis de l'Autorité française de la Concurrence le 16 novembre 2015 sur la normalisation et la certification⁴¹. Il les dénonce et les rapporte à un encadrement légal insuffisant pour appeler à des correctifs propre à rationaliser l'action la normalisation institutionnelle organisée⁴² et les conditions de la délivrance des certifications NF attenantes.

9. En revanche, il faudrait peut-être en second lieu, réserver un traitement à part s'agissant de nouvelles formes de certifications que l'on voit précisément se développer dans le contexte du développement durable. Plus souvent d'ailleurs désignées sous le nom d'attestations, elles ne concernent que des produits et sont rendues obligatoires par voie réglementaire. Comme l'a dit un auteur à propos de tels labels conçus pour ancrer les préoccupations écologiques dans l'activité de la construction, « traduisent une véritable mutation dans la démarche du législateur »⁴³. Leur délivrance est particulièrement encadrée⁴⁴. Elles offrent ainsi apparem-

⁴¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis n° 15-A-16 portant sur l'examen au regard des règles de la concurrence, des activités de normalisation et de certification*, en ligne : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15a16.pdf> : sur le référentiel, cf. n° 74 et suiv. et 98.

⁴² *Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009*, JORF 17 juin 2009, p. 9860, texte n° 6.

⁴³ Gwenaëlle DURAND-PASQUIER, « Certifications, attestations et diagnostics au service des objectifs de Grenelle », R.D.I. 2011.15.

⁴⁴ Pour exemple, cf. *Décision n° 2014/256/UE de la Commission pour l'attribution du label écologique de l'Union européenne aux produits en papier transformé*, [2014] J.O. L 135/24 ; à propos de l'accessibilité par les personnes handicapées, le label « territoires pour tous », sur lequel, Eric B. DEGROS, « La création prochaine des "Ad'AP" permettra de reporter l'échéance de l'obligation légale de la mise en accessibilité du

ment la perspective d'une responsabilisation du certificateur qui pourrait rapidement se concrétiser, à l'aune de ce que la jurisprudence ébauche déjà s'agissant des diagnostiqueurs⁴⁵ et assurer. L'ouverture envisageable est indéfectiblement liée au fait que les certifications dont il s'agit concernent des produits et reposent donc sur des caractéristiques mesurables d'après des référentiels établis sur la base des sciences dures. Ce qui fait que cette ouverture ne saurait s'étendre à de multiples aspects du développement durable pourtant largement absorbés par les démarches de certification et notamment les ersatz de certification 26 000⁴⁶.

Dans le champ limité considéré, on pourrait donc envisager une présomption de conformité ou de non responsabilité attachée au fait d'avoir obtenu la certification exigée réglementairement. Mais il ne saurait s'agir évidemment que d'une présomption simple, ce qui renvoie à déterminer les modalités pour la faire céder et invite à relativiser l'intérêt de l'hypothèse soulevée. Quant à savoir qui pourrait faire céder la présomption, on ne voit que la partie à laquelle elle serait opposée. Ce qui fait que, s'agissant de préciser comment renverser la présomption, l'équité pourrait mal s'accommoder de l'option qui consisterait à faire peser sur celui qui la conteste la charge de prouver en quoi la certification invoquée est infondée. Effectivement, si, par exemple, celui à qui la présomption serait opposée était un profane dans le domaine considéré, la tâche de renversement de la présomption serait pour lui un obstacle considérable. Ce qui, bien évidemment, tend à relativiser l'intérêt de la présomption en regard des finalités du droit et invite à tout le moins à songer à des régimes différents selon que le contentieux oppose des professionnels entre eux ou implique des non professionnels, toutes choses étant égales quant à la difficulté bien connue de circonscrire ces dernières qualifications.

Au final, donc, on retiendra l'idée que le droit n'a pas à cristalliser une quelconque influence des certifications sur la preuve dans les contentieux de responsabilité. Pour toutes les raisons déjà évoquées, il faut craindre le gouvernement des normalisateurs et des évaluateurs⁴⁷ tant que l'on

patrimoine culturel: le tourisme durable attendra, les professionnels du tourisme aussi...», *Les Petites Affiches* 2014.146.5.

⁴⁵ AnnePENNEAU, «Vents favorables pour plus de cohérence dans l'obligation de diagnostic immobilier», note sous Ch. mixte, 8 juill. 2015, J.C.P. E. 2015.45.1529.

⁴⁶ Sur laquelle, *cf. supra.*, n° 3 in fine..

⁴⁷ Sur l'aspect tenant à une différenciation nécessaire entre l'appréciation technique et l'appréciation des valeurs, voir Jacques ELLUL, «Recherche pour une éthique dans

n'aura pas trouvé comment installer les garanties d'une certification fiable⁴⁸. À cet égard, on peut trouver que les lignes directrices définies par la Commission le 28 juin 2014 sur le rôle de la certification volontaire pour promouvoir l'un des aspects du développement durable, celui de l'écologie, sont assez clairvoyantes dès lors qu'il y est énoncé que «Lorsqu'ils sont bien conçus, reconnus, compris, dignes de confiance et perçus comme pertinents par les consommateurs, les labels environnementaux fiables et les allégations écologiques conformes à la réalité peuvent constituer un instrument très efficace pour guider et façonner le comportement (des consommateurs) de manière à entraîner des choix plus respectueux de l'environnement» et que «La réglementation et les instruments fondés sur la logique du marché sont les outils les plus importants pour atteindre les objectifs en matière d'environnement et d'énergie»⁴⁹. Mais ces bonnes paroles ne suffisent pas et la politique de l'Union européenne reste inachevée. L'équilibre escompté par la Commission reste pragmatiquement irréaliste dans le domaine plus général du développement durable de par un encadrement juridique de la certification bien trop insuffisant⁵⁰. L'action politique se révèle donc finalement ambiguë et faible. De graves incidents le montrent parfois avec éclat, comme dans le cas du désastre écologique causé par l'Erika sur la côte atlantique française, dont il a été jugé qu'il était en partie imputable à la société RINA qui avait certifié la navigabilité du vaisseau⁵¹. La passivité des pouvoirs publics à tous niveaux face au développement larvé de la certification ISO 26 000 n'augure de

une société technicienne», dans *La technique*, coll. «Cahiers Jacques Ellul», Bordeaux, 2004, p. 29, cité par Serge LATOUCHE, *Jacques Ellul contre le totalitarisme technicien*, Neuvy-en-champagne, Le passager clandestin, 2013, p. 45.

⁴⁸ Cf. sur cette recherche, R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, préc., note 3.

⁴⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020*, [2014] J.O. C 200/1[CELEX 52014XC0628(01) (EUR-Lex)]; *Arrêté du 29 septembre 2009 relatif au contenu et aux conditions d'attribution du label «haute performance énergétique rénovation»*, JORF 1^{er} oct. 2009, p. 15901.

⁵⁰ Pour certaines propositions, mais sans que la question de la qualité des référentiels soit discutée, Guillaume HENRY, «L'Analyse Écologique du Droit : un nouveau champ de recherche pour les juristes», *RTD com.* 2014.289. À propos de la démarche de notation extra-financière, qui s'assimile à une démarche de certification, la question est posée par Thierry GRANIER, «L'absence de responsabilité des agences de notation extra-financière?», *Bull. Joly Bourse*, 2014.9.448.

⁵¹ Crim., 25 sept. 2012, pourvoi n° 10-82938.

son côté rien de rassurant. Et il ne faut pas se cacher que, face à ces lacunes, la seule alternative d'un redressement des pratiques déloyales par la voie contentieuse, si elle n'est pas impossible⁵², relève de l'ordre du parcours combattant, rien ne venant le mettre à la portée des quelques acteurs qui pourraient se soucier de s'y investir⁵³. Une lueur d'espoir vient tout de même de l'avis rendu par l'Autorité française de la concurrence le 16 novembre 2015⁵⁴ car il pourrait impulser un processus vertueux qui devrait engager non seulement les pays de l'Union européenne, mais aussi les pays rattachés à l'OMC ou reliés par des traités parfois si discrètement négociés.

⁵² Pour un exemple assez isolé apparemment, *Leifheit c. OHMI*, Affaire T-328-11, 24 avril 2012 (4^e ch.), ayant refusé la protection d'une marque prétendument écologique sur le fondement de son caractère déceptif (écoperfect).

⁵³ On fait ici référence aux moyens des associations de consommateurs notamment. Plus largement, il faut aussi tenir compte de la subtilité des rouages de l'influence des lobbies, sur laquelle, voir par comparaison Marc MILLET, « La décision politique comme configuration. Retour sur la question de l'“influence” des lobbies à partir des politiques européennes à l'égard des petites et moyennes entreprises », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 166.

⁵⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 41.



Preuve et développement durable : objectivation du droit par la normativité individuelle*

Vincent Gautrais**

Introduction	45
I. Analyse du phénomène de la normativité individuelle	47
A. Généralisation de la normativité individuelle.....	47
1. Généralisation.....	47
a) Généralisation dans les textes.....	47
b) Généralisation dans l'absolu : exemple de l'audit.....	50
2. ...en dépit de carences.....	52
a) Carences relatives à l'« industrie des normes ».....	53
b) Carences relatives aux « normes de l'industrie ».....	54
B. Acceptation jurisprudentielle de la normativité individuelle.....	56
1. Tolérance des tribunaux face aux normes informelles.....	56
2. Critères de reconnaissance des tribunaux quant à la recevabilité des normes informelles.....	58
a) Critères substantiels.....	58
b) Critères institutionnels.....	60
II. Régime probatoire de la normativité individuelle	62
A. Éléments de preuve.....	62
1. Éléments de preuve traditionnels.....	63
a) Contrat.....	63
b) Témoignage.....	64
2. Éléments de preuve alternatifs.....	65
a) Autres écrits.....	65
b) Éléments matériels.....	68

* Cet article a été facilité grâce au soutien financier du CRSH, subvention « Savoir ». Je tiens à remercier Sophie Clavaz-Loranger (étudiante en maîtrise) et Émilie Mouchard (étudiante au doctorat) pour certaines recherches en lien avec la normativité individuelle.

** Directeur du CRDP. Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire L.R. Wilson en droit du commerce électronique. www.gautrais.com. vincent.gautrais@umontreal.ca. @gautrais.

B. Contexte probatoire.....	69
1. Preuve interne	70
a) Preuve interne requise.....	70
b) Preuve interne tolérée: preuve à soi-même nécessaire.....	71
2. Preuve externe.....	73
a) Audit externe.....	73
b) Coûts associés à la preuve externe.....	73

Résumé

De plus en plus, le monde du développement durable prend appui sur une normativité informelle provenant de regroupements communautaires (GRI, ISO, etc.) exigeant des entreprises d'objectiver leurs obligations en la matière par la production de documentations internes. Si ce phénomène ne doit pas être rejeté, la complexité et l'internationalité des approches exigeant un tel complément normatif, l'on doit se pencher davantage sur de telles preuves qui sont présentées devant les tribunaux.

Introduction

A priori, notre présence dans un tel collectif tient lieu de l'imposture : le développement durable n'est pas notre cadre d'analyse habituel ; si la preuve constitue certes un champ qui occupe notre quotidien de recherche, nous ne prétendons au départ en connaître quelconque spécificités qui puisse s'appliquer au développement durable. Pourtant, en grattant quelque peu ce domaine d'intérêt, il est un élément qui se compare à notre « monde » technologique originel, à mon creuset de confort habituel, c'est le rapport aux normes informelles qui viennent objectiver le silence nécessaire des normes formelles, normes générales et impersonnelles par essence. En effet, tant le domaine des technologies de l'information que celui du développement durable font preuve d'une technicité élevée dont l'expression doit être objectivée par des normes produites, de plus en plus, par les acteurs eux-mêmes. Par délégation de la loi, tant les entreprises que les organismes publics doivent produire des documentations qui explicitent le niveau de diligence déployé. Une normativité interne donc qui se base d'abord sur des principes génériques précisés dans les lois mais aussi sur des normes techniques, d'origine communautaire.

C'est donc de la normativité individuelle et de la preuve qu'elle autorise, que nous souhaitons envisager dans le présent document. Par ce néologisme, j'entends évoquer la généralisation dans les domaines à haute saveur technique d'une délégation de pouvoir où des normes formelles générales (lois, règlements) mettent sur les épaules des acteurs eux-mêmes le soin de documenter leur propre diligence. Ainsi, les acteurs doivent au préalable mettre en place des politiques, procédures, standards, codes de conduite, protocoles, guides, plans, programmes, lignes directrices, stratégies, etc., le tout, comme vous le constatez, dans une cacophonie de dénominations qui assurément n'aide pas à l'analyse.

A propos de cacophonie, et contrairement à l'idée préconçue, nous ne sommes pas face à un manque de normes ; bien au contraire. Davantage c'est plutôt une inflation normative qui est généralement constatée, et ce, quelle que soit l'appellation utilisée. Certains évoquent la globalisation des normes¹ ; d'autres préfèrent la densification normative². Plus classiquement, et plus anciennement aussi, des courants pluralistes constatent des degrés divers d'inter-normativité³. Trois écoles pour le moins – Bruxelles⁴, Orléans⁵, Montréal⁶ – constituent trois moyens différents de prendre en compte cette explosion de normes dont la pluralité étonne ; en opposition donc à l'école de Vienne⁷.

Ce constat se vérifie auprès du domaine du développement durable où l'on aperçoit une multitude de normes parmi lesquelles il importe, d'une part, de déterminer le bon grain de l'ivraie et, d'autre part, le processus d'arrimage avec le droit formel avec lequel nous juristes êtes plus habitués de travailler.

- ¹ Voir notamment Benoît FRYDMAN et Arnaud VAN WAUYENBERGER (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; Benoît FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014.
- ² Catherine THIBIERGE (dir.) et al., *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2014.
- ³ Rod MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47 ; Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- ⁴ Benoît FRYDMAN, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », 9 octobre 2014, Centre Perelman de philosophie du droit, en ligne : <http://www.philodroit.be/Le-droit-global-selon-l-Ecole-de-1822> (consulté le 18 janvier 2016). L'auteur affirme que « l'École de Bruxelles est souvent présentée comme le principal adversaire de l'école de Vienne », citant à cette occasion Norberto BOBBIO, « Kelsen et Perelman », *Essais de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 271.
- ⁵ Catherine THIBIERGE et al. (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2014.
- ⁶ Karim BENYEKHLEF, « Autour de l'école de Montréal », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Regroupement droit changements et gouvernance 2015*, Montréal, Éditions Thémis, 2016 [à paraître].
- ⁷ Benoît FRYDMAN, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », 9 octobre 2014, Centre Perelman de philosophie du droit, p. 4, en ligne : <http://www.philodroit.be/Le-droit-global-selon-l-Ecole-de-1822> (consulté le 18 janvier 2016).

En quelques lignes seulement, nous voulons **dans un premier temps** évoquer la généralisation de ce processus normatif de normativité individuelle qui s'exerce de façon particulière dans le domaine du développement durable. En effet, cette manière de faire non sans atouts ne me semble pas très bien intégrée dans le domaine juridique. **Dans un second temps**, si l'arrimage entre ce phénomène et le droit est fort imparfait sur le plan plus aérien, plus « macro », il ne l'ai pas non plus de manière plus appliquée comme par exemple dans le domaine du droit de la preuve.

I. Analyse du phénomène de la normativité individuelle

Très classiquement, permettez-moi de faire état de ce qui est de ce phénomène dans l'absolu, d'une part, puis dans la jurisprudence, d'autre part.

A. Généralisation de la normativité individuelle

Nous sommes face à un phénomène généralisé. Depuis plusieurs décennies, on requiert aux acteurs économiques d'expliquer leur propre comportement par le biais de documentations internes. Voyons ce phénomène dans l'absolu avant d'en identifier certaines carences.

1. Généralisation...

a) Généralisation dans les textes

Au départ il y a la Loi. Il y a les lois évidemment mais pour des fins d'analyse, nous nous sommes cantonnés à la *Loi québécoise sur la qualité de l'environnement*⁸ qui est en tous les cas la législation à la source du plus grand nombre de jurisprudence. Le premier constat qu'il nous est possible de faire est que cette délégation de pouvoir aux acteurs eux-mêmes est omniprésente et notamment dans le cadre de modifications législatives plus récentes.

En effet, on voit notamment référence faites aux notions de « plan » (129 occurrences), « mesures » (93), « norme » (90) (parfois réfère à des

⁸ RLRQ, c. Q-2.

normes internes parfois à des normes externes), « programme » (39), « plans » (22), « politique »⁹ (15), « stratégie » (2), etc.

En dépit de cette totale polysémie, on se rend bien compte qu'une main-tendue est dressée aux acteurs. Ceux-ci doivent donc élaborer des documentations en se basant soit directement sur des normes formelles (loi ou règlement) mais le plus souvent sur des normes « communautaires » originant d'associations de marchands ou d'organisation nationales ou internationales de normalisation.

Le second constat que l'on peut faire est que la variété des formules de contrôle quant à la rédaction de cette documentation interne semble sans fin. Nous croyons être capable d'en identifier minimalement 4 : il y a la possibilité que ces « normes » puissent être adoubees par le biais d'un règlement, perdant ce de fait une origine informelle. Il y a aussi la possibilité que ces règlements fassent l'objet d'une véritable négociation avec les représentants de l'industrie, mettant de l'avant une approche collaborative. Il est ensuite fréquent que la référence qui serve de base à la documentation demandée donne lieu à un travail de certification, d'audition, un tiers s'engageant à la preuve du suivi du « référentiel ». Enfin, et vous comprendrez la gradation décroissante dans le contrôle de la documentation requise, que cette documentation ne fasse l'objet d'aucun contrôle et ne soit donc faite sur la seule base volontaire de l'entreprise en question.

Le spectre des possibles est donc pluriel ; reprenons chacune de ces situations. En premier lieu, et même si la confection de la loi devient souvent de plus en plus technique, celle-ci intègre de plus en plus des documents élaborés par des organismes techniques. Elle phagocyte la norme technique ; se l'approprie. Des exemples en vie privée existent¹⁰. Dans d'autres hypothèses, elle y réfère expressément¹¹. En deuxième lieu, et le domaine de l'environnement autorise grandement cette alternative, il existe aussi la possibilité de voir des négociations s'opérer entre les instances

⁹ Celles provenant généralement du Ministère lui-même.

¹⁰ L'annexe 1 de la *Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, est le copier/coller pur et simple d'une norme qui avait été établie par le Canadian Standard Association en 1996.

¹¹ La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1, en matière de sécurité, réfère expressément à des organismes nationaux et internationaux de normalisation (art. 68).

publiques et les entreprises¹². En dépit d'une légalité en doute, le procédé séduit les parties¹³ et les risques de recours demeurent gérables. En troisième lieu, et de façon plus classique, il est également fréquent que des tiers puissent statuer, avec des degrés divers de responsabilisation, quant à la qualité donnée d'une entreprise. Et notamment dans le domaine du développement durable. Aussi, des opérations d'audit, de certification, d'agrément en tout genre ne manque pas de survenir. Un intervenant externe intervient donc dans la relation entre l'entreprise et l'État, en charge de son contrôle. Mais souvent, ce rôle de vérification est parfois opéré à l'interne, l'audit par exemple se partageant dans de l'audit interne et de l'audit externe. Nous reviendrons sur ce point¹⁴. Enfin, en quatrième lieu, cette normativité interne s'opère souvent alors qu'aucune obligation formelle n'est requise par une loi, un règlement. Ainsi, pour des fins d'apparence flatteuse, l'entreprise souhaitant se présenter comme un citoyen corporatif hors de tout soupçon, souscrit volontairement à un code de conduite. Les exemples sont multiples ; presque cacophoniques¹⁵.

¹² Paule HALLEY, « Les permis d'exploitation négociés et la réglementation environnementale », dans S.F.P.B.Q., vol. 193, *Développement récents en droit de l'environnement* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 221.

¹³ Paule HALLEY, « Les permis d'exploitation négociés et la réglementation environnementale », dans S.F.P.B.Q., vol. 193, *Développement récents en droit de l'environnement* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 221, à la page 239, citant Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 132 : « Même si le procédé contractuel tend à s'étendre informellement au sein de l'Administration – celle-ci préférant souvent inciter et persuader plutôt qu'imposer – il faut cependant noter que l'Administration ne pourra pas lier par contrat l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire unilatéral à moins que la loi ne permette une telle entente ».

¹⁴ *Infra*, voir le paragraphe b) *Généralisation dans l'absolu : exemple de l'audit*.

¹⁵ On peut par exemple citer le Global Compact, regroupement volontaire de plus de 8 000 grandes entreprises, qui souscrit à dix grands principes en matière de droits fondamentaux, concernant les droits fondamentaux, le travail, l'environnement et la non-corrruption : GLOBAL COMPACT, « The Ten Principles of the UN Global Compact », en ligne : <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (consulté le 18 janvier 2016).

b) Généralisation dans l'absolu : exemple de l'audit

Nous sommes donc face à une démarche processuelle qui s'est généralisée de tous bords tous côtés¹⁶ et qui se matérialise dans cet ouvrage mondialement connu de Michael Power «The Audit Society : Ritual of Verification» où une hausse significative de cette pratique peut être constatée¹⁷. En dépit d'une carence définitionnelle¹⁸, les fonctions varient à travers le temps ; originellement conçu comme un moyen de déceler les fraudes, l'audit fut davantage consacré au XX^e siècle comme un moyen d'obtenir un état des lieux¹⁹. En revanche, si pour le public, le rôle initial semble encore prémunir, ce n'est pas le cas en pratique²⁰, les auditeurs craignant une trop grande responsabilité à cet égard²¹. Il y a donc une obscurité inhérente à l'audit, et ce, en dépit de cette quête d'objectivation présumée. Les auditeurs reconnaissent donc parfois le flou voire les doutes en terme d'efficacité, d'autant que des lourds investissements sont souvent de mise. Ils reconnaissent apporter davantage de « confort »²² que de la preuve bien que parfois, pourtant, ils opèrent une véritable « colonisa-

¹⁶ Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, 202 et suiv.

¹⁷ Michael POWER, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 31-32.

¹⁸ Sasha COURVILLE, Christine PARKER et Helen WATCHIRS, « Introduction : Auditing in Regulatory Perspective », (2003) 25-3 *Law & Policy* 179, 179 : « audit has a series of overlapping definitions. Power suggests that “definitions are attempts to fix a practice within a particular set of norms or ideals”. In other words, the use of the word *audit* (and its definition) is itself often an attempt to claim a particular mission, social status, or policy objective for a practice of accountability and control ».

¹⁹ M. POWER, préc., note 17, p. 58.

²⁰ *Id.*, p. 60.

²¹ *Id.*, p. 65.

²² Brian PENTLAND, « Getting Comfortable with the Numbers : Auditing and the Micro-production of Macro-order », (1993) 18-7/8 *Accounting, Organizations and Society* 605. Cette notion de « confort » est reprise dans plusieurs références par la suite : Jagdish PATHAK et Mary R. LIND, « Audit Risk, Complex technology, and Auditing Processes », (mars 2003) *Social Science Research Network*, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=397321> : « For an auditor to offer an opinion on the material correctness of a corporation's financial statements, the auditor must rely heavily on the company's business practices and internal controls in order to gain comfort in the reported numbers ».

tion» des activités de l'entreprise²³. En conclusion, selon Power, l'audit interne éclipsera bientôt l'audit externe et la distinction entre les deux deviendra superflue. Les auditeurs internes joueront un rôle en matière de réglementation et le contrôle interne sera sous-traité auprès d'agences externes²⁴.

L'explosion du phénomène ne manque pourtant pas d'être constatée²⁵. Dans le domaine de l'environnement, on aperçoit donc une appréciation positive de la part des organisations publiques de contrôle. Des auteurs remarquent par exemple que l'institution états-unienne *Environmental Protection Agency* (EPA) fut encline à faire la promotion de l'audit.

Blumenfeld and Haddad (1984) suggest many reasons why the EPA is interested in promoting environmental auditing. First, corporations that establish an environmental audit function signal to their employees that senior management is committed to improving its environmental performance. In addition, it results in a *cadre* of professionals within the corporation who are interested in environmental issues. Second, it addresses regulators' problem of obtaining effective day-to-day monitoring of regulatory compliance with limited resources. Third, it aids in targeting enforcement actions because it more reliably differentiates between compliers and noncompliers. Finally, environmental auditing has the long-term potential for improving relations between government and industry²⁶.

Complexité. La hausse de cette façon de procéder est sans doute en lien avec le fait que nos sociétés contemporaines sont sources à davantage de complexité. Pour reprendre une opposition souvent faite en droit antique, pour gérer cette complexité, on préfère privilégier le droit comme un « processus », tel que présenté par Platon, plutôt que de le considérer comme un principe substantiel, conformément aux écrits d'Aristote. En

²³ M. POWER, préc., note 17, p. 46, reprenant ce terme de Richard L. LAUGHLIN, « Environmental Disturbances and Organizational Transitions and Transformations: Some Alternative Models », (1991) 12-2 *Organization Studies* 209.

²⁴ M. POWER, préc., note 17, p. 267.

²⁵ Steven MAIJOR, « The Internal Control Explosion », (2000) 4 *International Journal of Auditing* 109.

²⁶ Robert R. TUCKER et Janet KASPER, « Pressures for change in Environmental Auditing and in the Role of the Internal Auditor », (1998) 10-3 *Journal of Managerial Issues* 9, en ligne : <http://www.freepatentsonline.com/article/Journal-Managerial-Issues/21272312.html> (consulté le 20 janvier 2016).

effet, la quête d'objectivation du droit ne peut plus passer uniquement par le respect de principes substantiels généraux tels que la sécurité « adéquate », la gestion « raisonnable », etc., mais requiert de plus en plus une procéduralisation du droit qui peut donner lieu à une appréciation *a posteriori*.

Celle-ci pourra être faite dans l'absolu par des juges qui vont ainsi évaluer si ces documentations se basent sur des « justifications rationnelles » – pour reprendre l'expression de Jacques Lenoble. Et ce même si ces juges ne s'octroie se rôle qu'avec parcimonie²⁷. Également, ces procédures pourront souvent répondre à des exigences validées par des personnes en autorité, que ce soit des certificateurs, des auditeurs, internes ou externes, etc. Bien sûr, cette objectivation par la documentation n'est pas autonome et souvent elle passera, notamment dans les domaines à haute saveur technologique, par le recours à des normes techniques (standards). Là encore, des doutes subsistent.

2. ...en dépit de carences

Au départ, nous n'avions pas, un *a priori* négatif quant à l'élaboration de documentations basées sur des référentiels informels, souvent issus d'associations soit marchandes soit où l'industrie a un mot à dire. En fait, et c'était un peu la raison de notre précédent point de vue, sans doute n'y a-t-il pas de moyen de faire autrement. En revanche, il n'en demeure pas moins qu'il faille réclamer la mise en place d'une réflexion véritable tant sur le processus d'élaboration de la documentation que sur les référentiels sur lesquels elle va se baser. Et une multitude de voix s'insurgent contre cette tendance ferme mais très peu réfléchie de l'imposition de normes²⁸. Or, le constat qu'il importe de faire est que malheureusement,

²⁷ Voir plus loin à la section A. Éléments de preuves.

²⁸ Romain GORI, « De l'extension sociale de la norme à la servitude de la norme », *Texte prononcé lors de la Journée de l'Appel des appels tenue à Montreuil le 22 mars 2009*, en ligne : <http://www.appeldesappels.org/interventions-de-la-journee-du-22-mars-2009/de-l-extension-sociale-de-la-norme-a-la-servitude-volontaire--762.htm> (consulté le 18 janvier 2016). L'auteur évoque que « le premier acte de résistance consiste à analyser et à déconstruire le fonctionnement de nos dispositifs de normalisation. C'est là où se trouve la tyrannie du pouvoir contemporain ».

pour le moment, l'on en est bien loin de cela, tant à cause de « l'industrie des normes » que des « normes de l'industrie »²⁹ elles-mêmes.

a) *Carences relatives à l'« industrie des normes »*

Car des carences apparaissent, en premier lieu, sur le contexte financier autour de l'élaboration de telles normes. Des normes qui trop souvent « foisonnent » pour reprendre l'expression de Thibault Daudigeos, auteur d'une fort intéressante étude, créant une multiplicité gage de confusion³⁰. Nous sommes face à de véritables « bazars » de la norme³¹ où, d'une part, on ne sait quand et pourquoi un gouvernement requiert un recours à de telles normes³² et, d'autre part, où certaines organisations ont intérêt à « vendre » la leur. Cette profusion à outrance qui demande à être analysée est d'autant plus problématique que des services de certification et de conseil sont directement dépendants de ces normes. Différemment selon les organisations, l'AFNOR française ne fonctionnant pas comme le BSI anglais³³. Alors que la première voit son financement largement dépendre de la création des normes (près de 80 % de son financement est consécutif de l'élaboration des normes), la seconde dépend davantage d'un travail de certification (près de la moitié) et de conseil (plus du tiers) des acteurs économiques. Également, on se rend compte qu'en 2003 les

²⁹ Pour reprendre une dichotomie proposée par Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 103.

³⁰ Thibault DAUDIGEOS, « Des instituts de normalisation en quête de profit et de légitimité. Étude comparée de la production de normes de développement durable en France et en Angleterre », dans Corinne GENDRON, Jean-Guy VAILLANCOURT et René AUDET (dir.), *Développement durable et responsabilité sociale, de la mobilisation à l'institutionnalisation*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010, p. 175.

³¹ Stacy BAIRD, « The Government at the Standards Bazaar », (2007) 18 *Stanford Law and Policy Review* 35.

³² Stacy BAIRD, « The Government at the Standards Bazaar », (2007) 18 *Stanford Law and Policy Review* 35, 37 : « However, to date there has been no objective analysis by which the need for and nature of government action may be determined. It is up to government policymakers to determine the best course in the public interest ».

³³ Thibault DAUDIGEOS, « Des instituts de normalisation en quête de profit et de légitimité. Étude comparée de la production de normes de développement durable en France et en Angleterre », dans Corinne GENDRON, Jean-Guy VAILLANCOURT et René AUDET (dir.), *Développement durable et responsabilité sociale, de la mobilisation à l'institutionnalisation*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010, p. 175. VÉRIFIER LA PAGE.



ressources associées à la normalisation sont beaucoup plus conséquentes en Angleterre qu'en France. Au Canada, selon les chiffres rendus disponibles par le Conseil Canadien des Normes (CNN), les services d'accréditation constitue environ 40 % du revenu alors que l'élaboration des normes ne dépasse guère 5-6 %. Environ 50 % du financement de l'organisme est de nature publique³⁴.

Et puis, en second lieu, outre cette multiplicité normative, le caractère ouvert que l'on reconnaît au droit, nécessairement accessible et disponible à celui qui souhaite en découvrir les méandres, semble bien lointain que celui qui a acheté des normes ISO à 150 francs suisses. Il est pour le moins délicat que l'on ne puisse disposer de telles « normes » gratuitement, alors que la doctrine reconnaît sans l'ombre d'un doute la présence de « valeurs » qu'il importe de mieux connaître ; de prendre au sérieux³⁵. Ces normes sont donc « techniques » mais elles ne sont pas que cela ; elles constituent aussi des normes disposant d'une véritable portée politique visant tant les choses que les personnes³⁶. D'autant que les clauses de droit d'auteur sont totalement délirantes et le processus de vente en ligne très éloigné des bonnes pratiques qu'ils sont supposés défendre³⁷.

b) *Carences relatives aux « normes de l'industrie »*

D'autre part, il y a lieu de s'interroger parfois quant au contenu substantiel de certaines normes dont on est en mesure de douter de la protection qu'elles tentent de satisfaire : protection de l'environnement ou protection de l'image de marque de l'industrie qui l'implémente.

³⁴ CONSEIL CANADIEN DES NORMES, *Rapport annuel 2013-2014*, p. 23, en ligne : https://www.scc.ca/sites/default/files/publications/SCC_AR_FRE_2014-11-26.pdf.

³⁵ Benoît FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », dans B. FRYDMAN et A. VAN WAAYENBERGE (dir.), préc., note 1.

³⁶ Karim BENYEKHLEF, « Une introduction au droit global », dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Vers un droit global ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 1, à la page 21, citant Benoît FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », dans B. FRYDMAN et A. VAN WAAYENBERGE (dir.), préc., note 1, p. 55.

³⁷ L'achat des normes ISO par exemple coûte cher (entre 100 et 200 francs suisses) et de surcroît, plusieurs normes donnent lieu à un processus contractuel où l'information contractuelle est disponible après le paiement par carte de crédit (et notamment les licences de droit d'auteur qui sont excessivement rigoureuse). Cette façon de faire est contraire, justement, aux bonnes pratiques en la matière.

Prenons l'exemple du GRI (pour Global Reporting Initiatives)³⁸, assurément, avec le ISO 26 000³⁹ et le ISO 14 000⁴⁰ un des standards « généralistes » le plus complet et le plus suivi. Ce standard, et c'est forcément une bonne chose, invite à plus de transparence en obligeant les entreprises à « ouvrir les livres » sur plusieurs éléments essentiels au développement durable pris dans un sens très large. Les entreprises élaborent donc des rapports, une documentation interne, faisant état de leurs efforts. Or, transparence ne veut pas forcément dire suivi des meilleures pratiques en la matière. Si nous prenons l'exemple du dernier rapport de développement durable d'Hydro-Québec⁴¹, datant 2013, entreprise qui ne me semble pas la plus « à risque » à plusieurs égards, on s'aperçoit néanmoins que si une transparence très louable peut être constatée, elle n'est pas forcément un gage de normes de fonctionnement très progressiste. Prenons l'exemple des efforts d'Hydro-Québec en terme de diversité. D'une part, la transparence est partielle (comme l'indique les ronds partiellement verts dans ledit rapport). D'autre part, et surtout, les résultats sont perfectibles quant on va voir les liens offerts dans le rapport aux pages identifiées. En effet, premier exemple, relativement à ce second point, les pages 55-56 du Rapport de développement durable qui est mis en lien, on aperçoit que la seule référence directe aux questions de sexe est une pyramide des âges tout comme un tableau énonçant les effectifs. Également, seconde illustration, si l'on regarde les pages 103-105 du même Rapport annuel⁴², sur les 6 principaux postes de direction, seulement deux sont occupés par des femmes. Également, si l'on regarde l'organigramme de présentation plus détaillé de la Haute direction, on remarque que sur les 13 postes seulement 3 sont occupés par des femmes⁴³.

³⁸ En ligne : <https://www.globalreporting.org> (consulté le 22 janvier 2016).

³⁹ En ligne : www.iso.org/iso/fr/14000 (consulté le 22 janvier 2016).

⁴⁰ En ligne : www.iso.org/iso/fr/26000 (consulté le 22 janvier 2016).

⁴¹ HYDRO-QUÉBEC, *Rapport annuel 2013*, en ligne : <http://www.hydroquebec.com/publications/fr/docs/rapport-annuel/rapport-annuel-2013.pdf> (consulté le 22 janvier 2016).

⁴² HYDRO-QUÉBEC, *Rapport annuel 2013*, en ligne : <http://www.hydroquebec.com/publications/fr/docs/rapport-annuel/rapport-annuel-2013.pdf> (consulté le 22 janvier 2016).

⁴³ HYDRO-QUÉBEC, « Haute direction », en ligne : http://www.hydroquebec.com/a-propos-hydro-quebec/qui-sommes-nous/pdf/qui-sommes-nous-organigramme-haute_direction.pdf (consulté le 22 janvier 2016).



On observe donc une pathologie communicationnelle dans ces normes individuelles de façon d'ailleurs assez proche de celle que l'on peut trouver dans les lois où les États adoptent souvent des textes, pour reprendre l'image de Christian Atias, tel un découvreur qui souhaite planter un drapeau sur un territoire⁴⁴. Une quête de gain réputationnel qui se décèle même dans les décisions de justice⁴⁵.

B. Acceptation jurisprudentielle de la normativité individuelle

Le deuxième point qu'il nous importe de signaler est que la jurisprudence, bien que n'intégrant que modérément cette réalité normative, tente d'analyser ce segment entre droit formel et droit informel, dit autrement entre loi et règlement d'un côté et standards et documentation de l'autre. Or, il nous semble que deux points peuvent être pressentis : le premier est que les tribunaux font preuve d'une tolérance assez grande vis-à-vis des normes informelles, du moins en Amérique du Nord. Le second est que cette tolérance n'est pas très élaborée et se fonde sur des bribes de critères de reconnaissance.

1. Tolérance des tribunaux face aux normes informelles

La plupart des décisions que nous avons été capable d'identifier (environ une douzaine – ce qui demeure peu) au Canada, montre en effet pour la grande majorité que les normes informelles et la documentation qui en découle bénéficient d'un accueil favorable de la part des tribunaux. Les normes informelles sont à la mode ; pour les juges également. En revanche, si cette réception est assez généralisée, elle est peu explicitée.

À titre d'exemple, dans le cadre d'un litige pour diffamation, un juge tient compte du suivi de documents issus de normes établies par le GRI (Global Reporting Initiative), cette approche volontaire, donnant de sur-

⁴⁴ Christian ATIAS, «Tendance d'un temps ou inexorable loi du droit ? De l'obligation au droit», D. 2010.2536.

⁴⁵ *Mainstream Canada v. Staniford*, 2012 BCSC 1433 : «Ms. Bergan is Cermaq's director of corporate affairs, and as such, she has general responsibility for the reputation of the company».



croît lieu à une surveillance d'une institution de comptables, ce qui selon le juge est gage de qualité et de crédibilité⁴⁶.

Une autre décision évoque une norme technique relative à la tolérance de certaines vibrations sur les individus (ISO 2631-1)⁴⁷; dans ce jugement, relativement à la norme, on peut lire que celle-ci s'applique dans la mesure où le droit formel est silencieux sur ce point en particulier⁴⁸.

Autre exemple, toujours devant la *Commission des lésions professionnelles*, qui il est vrai est une instance qui dispose de règles de preuve particulières et permissives, l'affaire relative à un problème de bruit au travail prévoit de tenir compte de normes techniques⁴⁹.

Dans tous les cas, les juges semblent sensibles à de telles normes qui viennent objectiver la question en litige.

⁴⁶ *Mainstream Canada v. Staniford*, 2012 BCSC 1433. On peut notamment lire ceci : « [23] Ms. Bergan testified concerning the information available publically (either in print or on the corporate website) about Cermaq and Mainstream's operations. Based on Ms. Bergan's description, the volume of information (particularly on the website) is substantial and the scope is broad. Among other things, Cermaq has published the principles governing its sustainability program and reported on the company's performance, using the standards set by the Global Reporting Initiative ("GRI") for sustainability reporting. Since 2010, the sustainability reporting is also subject to review by KPMG's sustainability team. Ms. Bergan explained further that, if Cermaq deviates from the indicators that are part of the GRI, Cermaq must disclose the manner in which it has done so. This manner of reporting, using the GRI standards, applies to both Cermaq and Mainstream, according to Ms. Bergan » [nos soulignements].

⁴⁷ *Tousignant et Carrière Union ltée*, 2011 QCCLP 6701.

⁴⁸ *Tousignant et Carrière Union ltée*, 2011 QCCLP 6701, par. 166 : « Enfin, bien que la norme ISO à laquelle ce dernier réfère ne fasse pas l'objet de réglementation, il n'en demeure pas moins qu'elle demeure une norme internationale qui a été établie, en 1997, et qui permet d'évaluer la zone de précaution santé lorsque le corps est exposé à des vibrations. Donc, faute de réglementation québécoise existante à laquelle le tribunal puisse référer en la matière, il y a lieu de s'inspirer des paramètres énoncés par cette norme d'autant plus qu'ils font partie de la preuve devant être appréciée, en l'espèce » [nos soulignements].

⁴⁹ *Héroux et Hôtel Des Seigneurs*, 2011 QCCLP 7546, par. 49 : « Toutefois, différentes méthodes peuvent être utilisées pour évaluer le niveau d'exposition au bruit auquel la travailleuse a été exposée. Le tribunal retient que la norme ISO serait la plus pertinente en l'espèce, sauf qu'au moment de l'audience, aucune des parties ne présente une telle preuve. Le tribunal doit faire preuve de réalisme dans ces circonstances et ainsi s'appuyer sur d'autres normes en vigueur » [nos soulignements].

2. *Critères de reconnaissance des tribunaux quant à la recevabilité des normes informelles*

On comprend donc que la normativité individuelle produite par une entreprise peut en certaines circonstances faire état de sa diligence quant au respect de certaines qualités, notamment environnementales ; mais comment fait-on pour reconnaître leur respect ? Bien sûr, la reconnaissance par un tiers est une solution qui va de soi⁵⁰. Mais souvent, cette documentation interne va aussi, indépendamment d'une reconnaissance par un tiers, se baser sur des normes provenant d'instances nationales et internationales qui élaborent des standards à suivre. Mais là encore, comment fait-on pour reconnaître la qualité de cette norme ?

À cet égard, une solution vieille comme le droit permet de faire le lien entre l'obligation prévue dans la loi et les normes de provenance communautaire : les usages commerciaux. Cette notion bénéficie en effet d'un regain d'intérêt notamment dans le domaine technologique où le réflexe normatif s'est généralisé. De la *Lex mercatoria*, nous avons cru bon devoir développer une nouvelle *lex electronica*⁵¹. Mais au-delà de ce questionnement, il nous importe ici d'identifier les critères de reconnaissance qui pourraient permettre de distinguer les normes informelles sur lesquelles on peut se fier de celles qui ne le sont pas. La jurisprudence et la doctrine ont, traditionnellement, dégagé des principes substantiels pour reconnaître l'existence d'usages commerciaux. Nous croyons qu'il serait plus adéquat d'introduire des critères de nature institutionnelle⁵².

a) *Critères substantiels*

En matière de normes informelles, dit autrement, en matière d'usages commerciaux, le droit canadien, tant en *common law* qu'en droit civil, se base principalement sur la preuve de l'existence de tels usages sur des critères substantiels. En droit civil, les tribunaux suivent abondamment

⁵⁰ Voir précédemment les propos tenus sur l'audit au paragraphe b) *Généralisation dans l'absolu : exemple de l'audit*.

⁵¹ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 229.

⁵² Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 289.



Objectivation du droit par la normativité individuelle

les auteurs Lluelles⁵³ ou Royer⁵⁴ qui élaborèrent une série de critères substantiels tel que l'uniformité, la fréquence, l'ancienneté, la raisonnable, la stabilité, etc. Cette vision classique se retrouve abondamment dans la jurisprudence⁵⁵. À titre d'exemple, une décision considère qu'une entreprise se basant sur une norme ISO de 1997 correspond à une attitude diligente, notamment du fait du caractère « ancien » de ladite norme⁵⁶.

L'existence de tels critères substantiels se trouve également en *common law*. Plus exactement, si l'intitulé est différent de celui que l'on trouve dans les décisions québécoises de droit civil, on identifie la présence de tels critères dans la jurisprudence, certes, mais également dans les lois. Il est par exemple facile de trouver trace de ceux-ci dans le *Uniform Commercial Code* américain où l'usage y est défini en référence à une pratique « suivie régulièrement »⁵⁷.

Avec égard, nous sommes un peu suspicieux vis-à-vis de ces critères qui sont souvent cités de façon un peu psalmodique et qui ne permettent



⁵³ Didier LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme sources de stipulations implicites », (2002) 36-1 *R.J.T.* 83.

⁵⁴ *Montréal (Ville de) c. Environnement routier NJR*, 2011 QCCA 1251, par. 51, la Cour reprend les propos du professeur Royer (Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 111) qui définit les usages de la façon suivante : « Règle qui s'est formée par une pratique constante, répétée, publique, uniforme et générale à laquelle les parties intéressées ont donné une force obligatoire » (voir à cet égard une liste d'illustrations jurisprudentielles à la note 52). *2966-3952 Québec inc. c. André Bernier Entrepreneur forestier inc.*, 2010 QCCQ 6090.

⁵⁵ *2966-3952 Québec inc. c. André Bernier Entrepreneur forestier inc.*, 2010 QCCQ 6090 : « [40] En outre, la défenderesse devait prouver l'usage, "c'est-à-dire une pratique constante, répétée, publique, uniforme et générale à laquelle les contractants ont donné une force obligatoire "[ROYER, 2008] ».

⁵⁶ *Tousignant et Carrière Union ltée*, 2011 QCCLP 6701, par. 166. L'ancienneté n'est pas expressément soulevée ; simplement, le juge semble souligner l'importance que la norme date de 1997.

⁵⁷ Voir U.C.C. §1-305 (c) (2001) : « A "usage of trade" is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law ».



pas toujours d'objectiver facilement de telles pratiques⁵⁸. Nous croyons que ce premier type de critères pourrait être facilement complété par une seconde catégorie qui s'intéresserait davantage à l'institution qui est à la source de ces normes.

b) *Critères institutionnels*

Mais au-delà de ces critères classiques, nous croyons que, d'une part, dans une volonté de meilleure objectivation et, d'autre part, afin de remplir un objectif de fidélité descriptive, il est possible d'ajouter des critères institutionnels pour reconnaître l'existence d'usages. L'usage peut donc être reconnu en fonction de l'institution dont elle tire son origine. La Chambre de commerce internationale par exemple, créée dans les années 1920, produit des normes dont la reconnaissance est dépendante, entre autres, de la respectabilité rattachée à l'institution⁵⁹.

Là encore, les critères institutionnels peuvent être séparés en deux : en premier lieu, certains sont propres à l'institution, que ce soit en ce qui a trait à la structure de l'institution ou à la légitimité dont elle dispose. En second lieu, la « force » des usages peut être évaluée au regard de l'effectivité de l'institution dont elles émanent. Une effectivité qui s'évalue tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'institution. Mais nous ne voulons développer plus avant cette proposition de reconnaissance des normes infor-

⁵⁸ Elizabeth WARREN, « Trade Usage and Parties in the Trade: an Economic Rationale for an Inflexible Rule », (1981) 42 *University of Pittsburgh Law Review* 515; David B. MASSEY, « How the American Law Institute Influences Customary Law: the Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law », (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 419, 428.

⁵⁹ Jean STOUFFLET, « L'œuvre normative de la Chambre de Commerce Internationale dans le domaine bancaire », *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 369: « On est en présence de normes professionnelles dont l'autorité repose non pas sur le consentement des membres de cette profession mais sur l'aptitude reconnue à un organisme professionnel de traduire à la fois les besoins du commerce et la rationalité d'une opération. Ce type de norme est, d'une certaine manière, par le processus de sa formation, à l'opposé de l'usage. Il est, comme la loi, l'œuvre d'une institution alors que l'usage se crée spontanément. Mais avec l'usage il a en commun d'être une source non étatique ».

melles, l'exercice ayant déjà été fait⁶⁰. Avec du recul, cette remise en cause des critères classiques, uniquement « substantiels », imprécis pour certains, ne doivent pas être systématiquement mis de côté. D'une part, les critères substantiels demeurent utiles, du moins pour ceux qu'on associe à la « matérialité » sociologique de l'usage. Toutefois ils doivent selon nous être complétés par des critères institutionnels s'attachant aussi à l'organisation de l'institution. D'autre part, ces critères classiques ont l'avantage d'être flous, presque vides de sens, laissant ainsi toute latitude aux juges et aux arbitres qui en fin de compte fuient la trop grande précision. La tentative d'objectivation des critères basés sur la communauté à l'origine de la norme présente donc l'inconvénient d'amoindrir la marge de manœuvre interprétative des interprètes.

Néanmoins, il nous semble utile de regarder les instances qui sont à l'origine des normes proposées, et ce, que ce soit en se basant sur des critères « d'effectivité »⁶¹, de « représentativité », de « qualité du dialogue offert »⁶², de « respectabilité », de l'existence de « certification par les tiers », etc.

Ces critères institutionnels sont d'ailleurs parfois mentionnés par la jurisprudence. À titre d'exemple, le caractère international d'une institution est souvent pris en compte⁶³. Au contraire, le caractère local est un facteur susceptible d'apporter une certaine suspicion⁶⁴. Encore, le fait

⁶⁰ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 229. Pour un développement plus récent sur le sujet, il est possible d'analyser le texte de P. Bernt HUGENHOLTZ, « Code of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace », dans Irini A. STAMATOUDI, *Copyright Enforcement and the Internet*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 303.

⁶¹ Par effectivité, il s'agit de déterminer si l'organisation correspond bien à une entité qui dispose de liens forts dans l'industrie où elle cherche à établir des normes.

⁶² Les normes ISO par exemple s'assurent qu'un processus d'itération soit présent dans l'élaboration de chacune de leurs normes. Ainsi, et de façon préalable, il importe que chaque norme soit assujettie à un nombre d'évaluations d'intervenants de la communauté et que les changements soient également validés par ces derniers.

⁶³ Dans *ACE/Clear Defense Inc. (Re)*, 2000 CanLII 21290 (CA TCCE), on évoque l'importance de suivre des normes issues d'instances internationales.

⁶⁴ Dans *Excel Human Resources Inc c. Canada (Environnement)*, 2012 CanLII 27609 (CA TCCE) : « DAMA n'est pas un organisme de normalisation faisant autorité et qu'aucune de ses publications n'a jamais été approuvée en tant que "norme" par quelque organisme international de normalisation ».

qu'une norme donne lieu à une possible certification par une entreprise tierce constitue un gage de respect⁶⁵.

II. Régime probatoire de la normativité individuelle

Au-delà de cette nouvelle forme de normativité, à cheval entre une production provenant des entreprises elles-mêmes, se basant souvent sur des normes de l'industrie, il importe d'analyser comment la preuve de telles documentation s'opère. La jurisprudence n'est pas très proluxe quant à l'analyse à apporter à cette normativité individuelle produite par les entreprises ; elle ne l'est pas non plus quant à son régime. À cet égard, il nous importe de regarder d'une part quel type d'élément de preuve il est possible de considérer dans les circonstances ainsi que, d'autre part, de plus généralement envisager le contexte probatoire qui influence la donne.

A. Éléments de preuve

Selon l'article 2811 C.c.Q., on liste précisément à 5 les différents éléments de preuve : écrit, témoignage, élément matériel, aveu et présomption. Les deux derniers ne sont pas à considérer véritablement dans notre cas précis : l'aveu parce que c'est une forme particulière de témoignage et la présomption qui n'est pas une preuve documentaire. Mais pour les trois autres, il est possible de les considérer quand vient le temps d'envisager ces normes documentaires produites par les entreprises. Il est aussi envisageable de les classer en deux groupes : les éléments de

⁶⁵ *Mainstream Canada v. Staniford*, 2012 BCSC 1433, tient compte que suivi par un tiers : « [23] Ms. Bergan testified concerning the information available publically (either in print or on the corporate website) about Cermaq and Mainstream's operations. Based on Ms. Bergan's description, the volume of information (particularly on the website) is substantial and the scope is broad. Among other things, Cermaq has published the principles governing its sustainability program and reported on the company's performance, using the standards set by the Global Reporting Initiative ("GRI") for sustainability reporting. Since 2010, the sustainability reporting is also subject to review by KPMG's sustainability team. Ms. Bergan explained further that, if Cermaq deviates from the indicators that are part of the GRI, Cermaq must disclose the manner in which it has done so. This manner of reporting, using the GRI standards, applies to both Cermaq and Mainstream, according to Ms. Bergan » [nos soulèvements].

preuve que nous qualifierions de traditionnel et ceux qui le sont peut-être moins.

1. Éléments de preuve traditionnels

Deux éléments de preuve traditionnels peuvent être considérés : le contrat et le témoignage. Si le premier nous semble problématique, le second, du fait de sa grande plasticité, semble plus facilement utilisable.

a) Contrat

Il est souvent considéré en droit civil québécois – précisément dans la doctrine dominante⁶⁶ tout comme dans une pluralité de décisions⁶⁷ – que les usages commerciaux sont de nature contractuelle. Pourtant, cette position nous indispose et nous nous sommes précédemment commis vis-à-vis d'une vision différente⁶⁸.

Nous croyons davantage que ces normes ne devraient pas être intégrées dans le giron contractuel du fait d'une soi-disant acceptation tacite des parties en cause. En effet, il y a « un je-ne-sais-quoi » d'artificiel à considérer l'usage comme l'expression d'une volonté implicite. La thèse de Philippe Jacques est à cet égard convaincante :

En voulant démarquer à tout prix l'usage de la coutume, Gény « lui ôte toute originalité par rapport au contrat pur et simple : ce n'est plus un usage mais une simple norme contractuelle ». En somme, si les parties ont convenu de son application, il les oblige non à titre d'usage, mais de convention ! Il n'est pas utile d'effectuer un détour par l'usage si l'on prétend qu'un effet contractuel est soutenu par la volonté

⁶⁶ Didier LUELLES, « Du bon usage de l'usage comme sources de stipulations implicites », (2002) 36-1 *R.J.T.* 83 ; Alina KACZOROWSKA, « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale », (1995) 29 *R.J.T.* 427.

⁶⁷ À titre d'illustration, *Desaulniers c. General Motors du Canada ltée*, 2010 QCCS 2650 : « [24] Comme l'usage se fonde sur une volonté présumée des parties de s'y soumettre, celui-ci doit exister et être connu de ces dernières au moment de la conclusion du contrat ou de la modification qui y est apportée » [nos soulignements].

⁶⁸ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 229.

exprimée des parties. Il suffit de dire, simplement, qu'il s'agit d'un effet de cette volonté [...] ⁶⁹

De manière identique, comme l'affirme Pascale Deumier :

[P]arce ce que l'usage est une règle de droit extérieure à la volonté des parties, il s'applique de lui-même ; parce qu'il est une véritable norme, les parties, si elles peuvent l'écarter, ne peuvent l'anéantir ; parce qu'il est un élément de droit objectif, il s'impose en l'absence du moindre indice de la volonté, même tacite ; parce que l'usage repose sur la collectivité, il n'a pas besoin de l'appui des volontés individuelles ⁷⁰.

Cette première solution, quoique souvent invoquée, ne nous apparaît donc pas déterminante.

b) *Témoignage*

En revanche, le témoignage demeure l'outil de prédilection en matière de preuve d'usage, les décisions illustrant ce choix probatoire étant multiples. Ce peut être d'abord des témoignages simples, d'une personne capable, comme la définition l'exige ⁷¹, d'un constat personnel ⁷². Il est

⁶⁹ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, coll. «Nouvelle bibliothèque de thèses», Paris, Dalloz, 2005, p. 70 et 71 [notes omises]. De l'auteur de citer, dans le même sens, Daniel ACQUARONE, *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit, Université de Nice, 1987, p. 152 : « ces usages sont des normes générales de droit objectif et le qualificatif "conventionnel" leur est abusivement attribué. Le raisonnement suivi [...] revient à admettre que n'importe quelle norme de droit positif s'appliquant à un contrat est une norme conventionnelle ».

⁷⁰ Pascale DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, coll. «Recherches juridiques», Paris, Economica, 2002, n° 235, p. 224.

⁷¹ Voir l'article 2843 C.c.Q.

⁷² *Desaulniers c. General Motors du Canada ltée*, 2010 QCCS 2650 : « [31] La preuve de la demande à cet égard s'est principalement faite par le témoignage du demandeur Deschênes et de celui de M. Marc Bédard, lui aussi ancien employé de l'Usine et conjoint de l'une des demandresses. Elle a été complétée par le dépôt d'admissions des parties ». *Mainstream Canada v. Staniford*, 2012 BCSC 1433 : « [23] Ms. Bergan testified concerning the information available publically (either in print or on the corporate website) about Cermaq and Mainstream's operations ».



ensuite possible de passer par le biais d'un témoignage expert afin de témoigner de la diligence que cette documentation tente de réaliser⁷³.

Il s'agit donc soit d'un propos qui vient de l'intérieur de l'entreprise soit au contraire d'une personne qui est située à l'extérieur. Bien que la jurisprudence ne soit pas très explicite sur ce point, on peut s'attendre à ce que la crédibilité associée aux seconds soit plus probante. Néanmoins, dans un contexte probatoire généralement libre, les juges sont tout à fait aptes à évaluer la pertinence d'un témoignage a priori « partisan ».

2. *Éléments de preuve alternatifs*

Mais au-delà de ces deux éléments de preuve traditionnels, il est aussi possible de faire mention de deux autres qui ont été formalisés dans le C.c.Q. de 1994 : les autres écrits et les éléments matériels.

a) *Autres écrits*

De droit nouveau, même si un régime distinct est toujours apparu pour les activités commerciales, les autres écrits sont une catégorie résiduaire qui visait à faciliter la mise en preuve de documents issus systématiquement, de façon répétée, d'une entreprise⁷⁴. Nous sommes donc exactement dans cette hypothèse de documentation où ces écrits cherchent à une préconstitution pour la survenance éventuelle d'un litige ultérieur⁷⁵. Encore faut-il que la personne qui invoque cet élément de preuve puisse réunir les conditions requises. Au regard de l'article 2831 C.c.Q.⁷⁶, elles nous apparaissent au nombre de quatre.

En premier lieu, les autres écrits représentent des documents « habituellement utilisé[s] dans le cours des activités d'une entreprise ». Le choix de l'adverbe « habituellement » indique une permissivité souhaitée qui se

⁷³ *Waldick c. Malcom*, 1991 CSC 71.

⁷⁴ Article 2831 C.c.Q. : « L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu ».

⁷⁵ Nous croyons que la définition même d'écrit, qu'il soit un autre écrit ou non, présuppose l'idée de préconstitution. Voir Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 291.

⁷⁶ Art. 2831 C.c.Q. : « L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu ».



comprend à condition que soient concernés des documents dont il est possible de constater la répétition, le caractère systématique et le sérieux que l'on est normalement en mesure d'attendre d'une organisation ayant une activité d'entreprise⁷⁷. L'utilisation de ce moyen de preuve ne pourra donc se faire que si l'on est capable de constater un certain niveau de diligence dans la conservation du document que l'on souhaite mettre en preuve. ce que cherche exactement à satisfaire la documentation.

En deuxième lieu, pour que l'article 2831 C.c.Q. puisse être considéré, il importe de satisfaire d'autres conditions dont l'application stricte aurait justement pour effet d'empêcher la mise en preuve de documents comme une documentation produite par celui qui souhaite l'invoquer. Une des conditions qui est expressément mentionnée par le professeur Ducharme pour l'application de l'article 2831 C.c.Q. est que le document ne peut être utilisé que dans l'hypothèse où cela s'effectue contre l'auteur du document.

[I]l faut que l'écrit soit en la possession d'une personne à qui il a été délivré pour constater un acte juridique. Cette condition résulte de l'article 2835 C.c.Q. qui déclare que celui qui invoque un écrit non signé doit prouver que cet écrit émane de celui qu'il prétend en être l'auteur. La délivrance ici tient lieu de signature, celle-ci faisant présumer le consentement⁷⁸.

⁷⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1994, p. 1773, art. 2831 : « le traitement privilégié accordé à ces documents se justifie par le caractère répétitif des activités exercées et par le caractère systématique et ordonné des inscriptions faites ». Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1100 : « les règles dérogatoires, qui ont pour but de faciliter la preuve des actes juridiques posés dans le cours des activités d'une entreprise, s'expliquent tant par le caractère répétitif des activités exercées que par le caractère systématique et ordonné des inscriptions faites. Aussi, il est normal de limiter ces exceptions aux actes posés dans le cours des activités d'une entreprise et d'exclure les contrats qui sont conclus occasionnellement pour favoriser la formation, l'établissement ou le développement de l'entreprise ».

⁷⁸ LÉO DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Wilson & Lafleur, 2005, n^o 424.

Avec égard, l'article 2835 C.c.Q.⁷⁹ ne devrait pas, selon nous, être compris exactement de la sorte⁸⁰. En effet, la lettre de cette disposition ne prend pas le soin de mentionner qu'il faut prouver « contre son auteur » mais indique simplement qu'il faut prouver l'auteur du document. Il s'agit en fait seulement de prouver l'authenticité du document⁸¹, son auteur, son origine⁸².

En troisième lieu, implicitement, l'article 2831 C.c.Q. traite de documents dont la confection est préalable ou concomitante à la conclusion de l'acte juridique. Aussi, cette disposition correspond à la situation classique où un document est transmis à une personne, sa tradition lors de la conclusion de l'acte juridique étant l'équivalent d'une signature⁸³. Nous avons pu déclarer ailleurs que cette condition ne devrait pas être interprétée avec une trop grande rigueur⁸⁴.

En quatrième et dernier lieu, il y a la question de la preuve à soi-même que présuppose nécessairement un tel autre écrit. Nous envisageons cette question ultérieurement⁸⁵, et ce, même si nous pouvons dire d'ores et déjà que sa compréhension ne doit pas être considérée, dans un contexte québécois, canadien, avec trop de rigueur.

⁷⁹ Art. 2835 C.c.Q. : « Celui qui invoque un écrit non signé doit prouver que cet écrit émane de celui qu'il prétend en être l'auteur ».

⁸⁰ Il est vrai qu'un peu plus loin, cet auteur mentionne que l'acte instrumentaire non signé peut être parfois opposable à celui à qui il a été émis. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Wilson & Lafleur, 2005, n° 428.

⁸¹ Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve », dans Collection de droit 2012-13, École du Barreau du Québec, vol. 2, *Preuve et procédure*, Montréal, Barreau du Québec, 2012, p. 227, à la page 250 : « "l'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu" (art. 2831 C.c.Q.) – à la condition d'en établir l'authenticité, comme l'exige l'article 2835 C.c.Q. ».

⁸² Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 400.

⁸³ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Wilson & Lafleur, 2005, n° 424.

⁸⁴ Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 422.

⁸⁵ Voir le paragraphe b) *Preuve interne tolérée : preuve à soi-même nécessaire*.

b) *Éléments matériels*

L'élément matériel est un moyen de preuve qui lui aussi est de droit « nouveau » et qui fut justement introduit pour le Code civil du Québec de 1994 afin de tenter de considérer les nouvelles réalités technologiques et notamment les enregistrements audios et vidéos⁸⁶. *A priori*, il peut paraître difficile de considérer cet élément de preuve comme utilisable relativement à la preuve d'une documentation produite par une entreprise. Ce nouvel élément de preuve n'avait pas été conçu pour cela. Ceci dit, il existe plusieurs raisons qui militent pour une considération de cet élément de preuve dans le cas présent.

En premier lieu, l'article 2854 C.c.Q. est d'une facture très inclusive et prévoit qu'il correspond à un document « qui permet au juge de faire directement ses propres constatations ». Bien que cette définition très large a pu donner lieu à critique⁸⁷, elle autorise une réception documentaire accrue, ce qui est conforme à une tendance très sensible tant en droit civil québécois qu'en *common law*⁸⁸. De surcroît, elle permet de ne pas avoir à appliquer les règles parfois plus rigoureuses tant pour l'écrit (production de l'original) que du témoignage (prohibition du oui-dire).

En deuxième lieu, nous avons opéré une distinction fonctionnelle entre l'écrit, le témoignage et l'élément matériel en se basant sur le rapport au temps. Si l'écrit correspond à une preuve de fait ou d'acte qui prévalent pour le futur, le témoignage qui relate des faits passés, l'élément matériel correspond davantage à un « polaroid » d'un système, d'une situation, d'un contexte, d'un environnement ; il correspond davantage à un moment présent⁸⁹.

⁸⁶ Art. 2854 C.c.Q. : « constitue un moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations. Cet élément matériel peut consister en un objet, de même qu'en la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu ».

⁸⁷ Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matière civile selon le Code civil du Québec », (1992) 23 *R.G.D.* 5, 50 : « L'article 2854 prétend pouvoir définir la preuve matérielle non pas par sa nature, mais par l'effet qu'elle produit chez le juge. Selon cet article, tout moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations constitue une preuve par présentation d'un élément matériel. Or, prise telle quelle, cette définition est tellement générale qu'elle s'applique aussi bien à la preuve testimoniale qu'à la preuve écrite ».

⁸⁸ Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 56.

⁸⁹ Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 302.

En troisième lieu, il existe une jurisprudence en ce sens. En effet, en common law, des juges en sont venus à admettre comme étant de la « real evidence » des « logs » de courriels qui faisaient ainsi un état des lieux⁹⁰. Une décision ontarienne, en droit criminel, pris le soin de développer cette idée ; de se l'approprier⁹¹, et ce, sur la base d'une doctrine non équivoque à ce sujet⁹². Et la jurisprudence américaine a également suivi dans certains cas cette manière de penser⁹³. Quoi qu'il en soit, cette qualification semble selon nous se concilier assez bien avec notre critère de distinction basé sur le rapport au temps⁹⁴. Car en effet, un tel relevé correspond à un « Polaroid » d'une situation donnée. Cela ne constitue donc pas une déclaration sur des faits passés mais davantage un « état des lieux ».

B. Contexte probatoire

Une fois analysé le véhicule juridique qui peut être utilisé pour prouver la documentation qui vient étayer les prétentions d'une partie, il importe de s'attacher au contexte plus général qui s'applique à une telle situation. En premier lieu, nous allons montrer que cette preuve peut et doit être interne à l'entreprise. En second lieu, et pour rehausser cette preuve, un bon nombre d'acteurs vont recourir à des évaluateurs externes.

⁹⁰ *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2012 NSSC 226, [2012] N.S.J. No. 63 (LN/QL). Au-delà de cette décision récente, plusieurs plus anciennes peuvent être invoquées : *R. v. Hall*, 1998 BCSC 3955 (qui cite la décision anglaise suivante : *Regina v. Spiby*, (1990) 91 Cr. App. R. 186 (C.A.)); *R. v. McCulloch*, [1992] B.C.J. No. 2282 (P.C.) (LN/QL).

⁹¹ *R. v. Mondor*, 2014 ONCJ 135.

⁹² *R. v. Mondor*, 2014 ONCJ 135 : « [17] In Electronic Evidence in Canada, Graham Underwood and Jonathan Penner provide a helpful perspective on electronic evidence. They provide a broad definition of electronic evidence, including all electronically stored data, but then focus the definition by classifying the electronically stored information (ESI) as either real or documentary evidence. This classification then guides the admissibility analysis. Where the electronically stored data is recorded electronically by an automated process, then the evidence is real evidence. Where, however, the electronically stored information is created by humans, then the evidence is not real evidence, and is not admissible for its truth absent some other rule of admissibility ».

⁹³ Michael G. FENNER, *The Hearsay Rule*, 2^e éd, Durham, Carolina Academic Press, 2009, p. 15-16.

⁹⁴ Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 302.

1. Preuve interne

Le régime de preuve pour une telle documentation semble assez simple: il faut être en mesure de la prouver tant en ce qui a trait à son existence que relativement à son contenu. Ceci doit se faire, et ce, même si une telle preuve à soi-même est susceptible de poser difficulté.

a) Preuve interne requise

En matière de preuve de documentation, la situation est somme toute assez simple: preuve doit être faite, précisément par celui qui invoque ladite norme individuelle basée sur une norme communautaire. En effet, nous ne sommes pas dans le cas précis d'une loi ou autre norme formelle prévu dans le C.c.Q.⁹⁵. Aussi, la bonne vieille règle de droit romain *Actor incumbit probatio* est applicable en l'état⁹⁶. Nous sommes donc face à la situation qui prévaut dans le domaine des usages commerciaux où les parties doivent s'assurer d'une telle preuve.

À supposer que les tribunaux puissent retenir l'usage aux fins de décider de ce qui est raisonnable dans des circonstances données, il est néanmoins incontestable que, dans toute cause où l'on s'appuie sur un usage, [TRADUCTION] « la partie qui prétend avoir respecté l'usage ou qui soutient que son adversaire y a dérogé a le fardeau de prouver qu'il s'agit effectivement d'un usage répandu. » (Linden, loc. cit., à la p. 167). Ce n'est que dans des cas les plus rares et les plus évidents que les tribunaux prendront connaissance d'office d'un usage et, encore là, cette [TRADUCTION] « pratique comporte des dangers » contre lesquels Linden met en garde: [TRADUCTION] Il serait préférable que les tribunaux exigent une preuve de la pratique générale, ou qu'ils ne tiennent aucun compte de l'usage. Les avocats qui veulent invoquer

⁹⁵ L'article 2807 C.c.Q. dispose que « le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec. Doivent cependant être allégués les textes d'application des lois en vigueur au Québec, qui ne sont pas publiés à la *Gazette officielle du Québec* ou d'une autre manière prévue par la loi, les traités et accords internationaux s'appliquant au Québec qui ne sont pas intégrés dans un texte de loi, ainsi que le droit international coutumier ».

⁹⁶ Art. 2803 C.c.Q.: « Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention ».



Objectivation du droit par la normativité individuelle

un usage seraient fort imprudents s'ils ne faisaient pas témoigner des experts au sujet de la pratique généralement reconnue⁹⁷.

Cette preuve interne est d'autant plus utile et nécessaire que la croyance quant à sa suspicion doit être grandement atténuée.

b) Preuve interne tolérée : preuve à soi-même nécessaire

En effet, de tout temps, une suspicion existe relativement à la preuve concoctée par celui qui souhaite l'alléguer, sur la base, souvent à juste titre, qu'elle serait susceptible de porter atteinte à deux fondements essentiels du droit de la preuve que sont vérité et sécurité⁹⁸. Bien que le principe ne soit pas présent en tant que tel dans la jurisprudence québécoise⁹⁹, à la différence de ce qui s'observe en France¹⁰⁰, on le retrouve à l'occasion dans les dispositions relatives aux autres écrits non instrumentaires. Depuis déjà longtemps donc, et à titre d'exemple, il est admis que :

[I]es livres de commerçants ne font, par ailleurs, aucune espèce de preuve en leur faveur, servant au plus d'indices ou de présomptions qu'ils leur faut compléter par une autre preuve plus concluante¹⁰¹.

Cette suspicion se matérialise par l'adage selon lequel « nul ne peut se faire de preuve à soi-même » ; plus exactement, conformément aux

⁹⁷ *Waldick c. Malcom*, 1991 CSC 71.

⁹⁸ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1994, n° 484, p. 411, cité par Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même” ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.* 2007.2.253, n° 2 : « Ces deux valeurs se trouveraient méconnues si un projet de preuve constitué par celui qui trouve intérêt à l'invoquer devait asseoir sa prétention. Parce qu'une telle preuve place une partie à la merci de l'autre, elle contrevient à la sécurité ; parce qu'elle véhicule une perception partielle des faits, elle ne sert pas la vérité ».

⁹⁹ De façon assez surprenante, notre recherche dans les banques de données juridiques ne nous permet pas de trouver de décision significative qui reprenne les différentes variantes de ce principe.

¹⁰⁰ Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 430.

¹⁰¹ André NADEAU et Léo DUCHARME, *La preuve en matière civiles et commerciales*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, n° 389, p. 297.

écrits de Pothier¹⁰², « nul ne peut se faire de titre à soi-même » ; ce qui est déjà une manière de comprendre ce principe de façon plus étroite.

Néanmoins, toute règle, si fondée qu'elle puisse être, ce qui n'est pas le cas ici, n'est pas « neutre » et est susceptible de contreparties qui ne sont pas sans écueils. L'un de ceux qui se présente en tout premier lieu est l'appréciation des juges qui sont évidemment tout à fait aptes à « sentir » la portée des documents qui leur sont présentés. Une portée trop absolue de ce principe aurait donc assurément pour effet de manquer de cette souplesse que le droit de la preuve réclame en bien des cas ; le droit de la preuve est en effet programmé pour offrir une « politique de faveur à l'intime conviction »¹⁰³ et qui de mieux que les juges du fond pour apporter cette appréciation ? Ensuite, deuxièmement, relativement aux actes juridiques, il n'y pas lieu de se priver de preuves qui, en bien des cas, sont d'une véracité qu'il est difficile de nier. Les relevés bancaires d'ailleurs, pour reprendre cet exemple, bénéficient en droit fédéral d'un régime d'admissibilité favorable¹⁰⁴. En troisième lieu, le rejet de cet adage se justifie de par la donne technologique à proprement parler qui modifie la dynamique probatoire. En effet, l'omniprésence de l'extériorisation de la preuve illustre l'importance de la documentation. Autrefois fixée dans la garantie de la matière physique que constitue le support papier, la preuve technologique est plus apte à s'appuyer sur le processus de gestion du document, et ce, durant sa durée de vie active, son cycle de vie¹⁰⁵. Ces preuves seraient d'ailleurs d'autant plus fiables qu'elles auraient été programmées lors de la conclusion de l'acte juridique, leur véracité étant d'autant plus avérée qu'elles sont concomitantes avec les faits. Enfin, en quatrième lieu, la mise de côté de ce principe va à l'encontre de la liberté probatoire qui prévaut généralement en matière commerciale. Face à autant d'arguments

¹⁰² Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, t. 3 « Traité des obligations », nouvelle édition, Paris, Beaucé, 1818, n° 751, p. 570, cité par Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même” ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.* 2007.2.253, n° 2.

¹⁰³ Philippe THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », (1996) 23 *Droits* 41, 47.

¹⁰⁴ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 29 : « Sous réserve des autres dispositions du présent article, une copie de toute inscription dans un livre ou registre tenu dans une institution financière fait foi dans toutes procédures judiciaires, jusqu'à preuve contraire, de cette inscription, ainsi que des affaires, opérations et comptes y inscrits ».

¹⁰⁵ Nous en avons parlé précédemment au paragraphe a) *Généralisation dans les textes*.



Objectivation du droit par la normativité individuelle

qui s'ajoutent à une base légale pour le moins fragile, il nous paraît donc impérieux de prendre certaines distances avec cet adage relevant plus de l'imaginaire juridique que du droit positif.

2. Preuve externe

En dépit de l'importance de privilégier les preuves internes, parfois, l'apport provenant d'acteurs externes à l'entreprise sont une plus-value qui vaut la peine d'être mise en place, et ce, en dépit de coûts qui peuvent être prohibitifs.

a) Audit externe

Nous avons déjà eu l'occasion de traiter de l'audit qui tend à se généraliser dans de multiples domaines¹⁰⁶. Or, cet audit provient parfois d'entités extérieures à l'entreprise. Assurément, une telle précaution, en dépit des coûts associés, est un « plus » dont les juges vont tenir compte. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Mainstream* déjà citée¹⁰⁷.

b) Coûts associés à la preuve externe

En revanche, il importe néanmoins d'avoir une analyse contextuelle de la situation, et ce, notamment, eu égard aux coûts associés à de telles précautions.

Le droit ne permettant que très imparfaitement d'objectiver l'étendue de cette obligation de documentation, les gestionnaires ont parfois l'impression « de tuer une souris avec un canon »¹⁰⁸ afin d'être sûrs de satisfaire

¹⁰⁶ Nous en avons parlé précédemment au paragraphe *b) Généralisation dans l'absolu : exemple de l'audit*.

¹⁰⁷ *Mainstream Canada v. Staniford*, 2012 BCSC 1433. On peut notamment lire ceci : « [23] Since 2010, the sustainability reporting is also subject to review by KPMG's sustainability team. Ms. Bergan explained further that, if Cermaq deviates from the indicators that are part of the GRI, Cermaq must disclose the manner in which it has done so. This manner of reporting, using the GRI standards, applies to both Cermaq and Mainstream, according to Ms. Bergan ».

¹⁰⁸ Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit criminel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 18.

aux exigences requises. Nous sommes donc face à des hypothèses de «surprotection»¹⁰⁹. Ainsi, il faudrait par exemple éviter le «fiasco»¹¹⁰ retentissant dont fut l'objet le domaine des valeurs mobilières en ce qui a trait aux règles de conformité, où des sommes folles ont été dépensées pour documenter la gestion des données financières des entreprises sans que de réelles garanties ne soient apportées quant à leur intégrité financière¹¹¹. Ce recul en arrière, suite à ce saut dans l'inconnu, amena à l'adoption d'exceptions, notamment pour les entreprises les plus petites qui n'étaient pas en mesure d'assurer de tels coûts¹¹². Au Canada, suite au constat de ces exagérations documentaires, les instances abaissèrent leurs exigences¹¹³.

En fait, cette illustration passée montre le caractère «émotif» de la réaction normative. «Shoot first, ask questions later»¹¹⁴. En dépit d'une réception qui ne semble pas uniforme auprès des tribunaux, la comparaison entre la France et le Canada étant fort intéressante en la matière¹¹⁵, il est possible de constater une adolescence normative d'autant plus étonnante que le processus est non seulement nouveau mais lourd de conséquences.

¹⁰⁹ Lyria BENNETT MOSES, «Agents of Change: How the Law “Copes” with Technological Change», (2011) 20-4 *Griffith Law Review* 763.

¹¹⁰ Vincent GAUTRAIS, «La gestion électronique de l'information financière: illustration de l'acculturation du droit des affaires électroniques», dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *Acculturation du droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 379.

¹¹¹ Henry N. BUTLER et Larry E. RIBSTEIN, *The Sarbanes-Oxley Debacle*, Washington, AEI Press, 2006.

¹¹² *Sarbanes Oxley Act*, Pub. L. No. 107-204, § 404(b), 116 Stat. 745, H.R. 3763 (2012).

¹¹³ Tara GRAY, «La réponse du Canada à la Loi américaine Sarbanes Oxley de 2002: nouvelles orientations pour la gouvernance d'entreprise», 4 octobre 2005, Bibliothèque du Parlement, en ligne : <http://www.bdp.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0537-f.htm> (consulté le 18 janvier 2016).

¹¹⁴ Henry N. BUTLER et Larry E. RIBSTEIN, *The Sarbanes-Oxley Debacle*, Washington, AEI Press, 2006.

¹¹⁵ Voir Anne PENNEAU, «Modes de preuve informels et développement durable: de l'influence probatoire de la certification des produits, services ou organisations par des organismes institutionnellement reconnus», dans le présent ouvrage.

La preuve et le préjudice écologique*

Lara Khoury**

Introduction : La reconnaissance du préjudice écologique	77
I. La preuve du préjudice écologique devant les tribunaux canadiens	80
II. La preuve du préjudice à la santé devant les tribunaux canadiens	85
A. Causalité générale : problèmes à la rencontre de la science et du droit	86
B. Causalité spécifique : les causes multiples	88
C. Causalité « alternative » ou le défendeur indéterminé	93
Conclusion	96

* Ce texte est basé sur une présentation faite à l'invitation des professeurs Vincent Gautrais (Université de Montréal) et Mustapha Mekki (Université Paris 13), dans le cadre du colloque *Preuve et développement durable* tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 26 mars 2015. La recherche est à jour au 31 janvier 2016. Au moment de finaliser les épreuves de ce texte, la Cour suprême du Canada informait la décision de la Cour d'appel du Québec, *St-Germain c. Benhaim*, discutée aux pages 74 et 75 de ce texte : 2016 CSC 48.

** Professeure agrégée et Vice-doyenne à la recherche, Faculté de droit, Université McGill, codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit de McGill, membre associée de l'Institute for Health and Social Policy, chercheure au Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé et membre de l'Institute for Comparative Law.



Introduction : La reconnaissance du préjudice écologique

Le thème « La preuve et le préjudice écologique » qui nous a été confié tient pour acquise une prémisse que nous devons au préalable explorer, soit la reconnaissance judiciaire du préjudice écologique. Le chemin vers cette reconnaissance n'est toutefois pas linéaire en droit canadien et québécois. Certes, les tribunaux n'hésitent pas à s'attarder aux conséquences patrimoniales ou à la santé des atteintes à l'environnement¹. Mais qu'en est-il de la « perte des éléments de la nature »²? Et qui a donc intérêt à poursuivre pour réclamer l'indemnisation d'un tel préjudice³?

Des lois provinciales et fédérales⁴ reconnaissent des obligations de rembourser l'État pour la prise de mesures de restauration et de protection de l'environnement. De plus, il existe un fonds fédéral⁵ pour les préjudices causés à l'environnement s'appuyant sur le principe du pollueur-payeur. Ce fonds a pour but d'investir les sommes provenant des amendes, ordonnances de la cour et règlements volontaires dans des projets prioritaires avantageux pour le milieu naturel. Le présent texte ne s'attarde pas à ces initiatives législatives et centre plutôt son propos sur le préjudice

¹ Hélène TRUDEAU, « La responsabilité civile du pollueur : de la théorie de l'abus de droit au principe du pollueur-payeur », (1993) 34-3 *Cahiers de droit* 783, 785.

² *Id.*, 785.

³ Hélène Trudeau remarquait en 1993 que l'on propose parfois que soit reconnue à chaque citoyen la possibilité d'exiger la réparation des éléments communs de l'environnement, en vertu d'un droit d'usage commun ou d'un droit à un environnement de qualité : *id.*, 791. Elle note qu'un rapport de 1992 préparé pour un colloque de la Société française pour le droit de l'environnement favorise plutôt les solutions qui confèrent à l'État un rôle de « fiduciaire » lui permettant d'exiger la remise en état des éléments communs de l'environnement (p. 791).

⁴ Par exemple, *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, section IV.2.1 « Protection et réhabilitation des terrains », art. 31.43 (plans de réhabilitation) et 113 et suiv. (exécution aux frais du contrevenant si refus, sans préjudice aux recours civils (31.50)). Voir aussi la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33 : le gouvernement peut prendre des mesures et recouvrer les frais s'il y a défaut de protéger l'environnement en cas de rejet de substances toxiques (art. 95 et 98).

⁵ Les priorités de financement de ce fonds sont la restauration (priorité de financement la plus élevée), l'amélioration de la qualité de l'environnement, la recherche et développement et l'éducation et sensibilisation, ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, « Le fonds pour dommages à l'environnement », en ligne : <https://ec.gc.ca/edf-fde/default.asp?lang=Fr&n=BD1220D8-1> (consulté le 12 janvier 2016).

écologique tel qu'envisagé par les tribunaux. En 1995, la professeure Trudeau observait à son égard :

[L]es tribunaux québécois n'ont jamais reconnu l'existence du préjudice écologique, à tout le moins pas au sens d'un préjudice subi par l'ensemble de la collectivité du fait de la détérioration d'éléments de la nature. La perte d'individus d'une espèce animale ou végétale n'est en fait indemnisée en droit commun que lorsqu'elle se traduit par une perte de revenus pour le demandeur à l'action⁶.

La Cour supérieure du Québec affirmait quant à elle en 2009 qu'on ne peut octroyer de dommages-intérêts pour un « préjudice écologique pur »⁷. Refusant une indemnisation visant à couvrir le coût de mesures remédiatrices pour la restauration d'un ruisseau, la Cour déclare :

[U]ne partie [des mesures remédiatrices] vise à compenser un préjudice écologique pur puisque ce biologiste⁸ veut également corriger les dommages subis par le milieu naturel et le tort causé à l'environnement et à l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif. Or, il ne peut être octroyé quelque montant que ce soit à ce titre⁹.

Le tribunal considéra que les sommes réclamées étaient exagérées, car hors de prix par rapport à la valeur de la propriété. L'on peut donc se demander si ce « préjudice écologique pur » aurait été indemnisé si son coût avait été moindre. Notons de plus qu'en 2006, dans *Bérubé c. Savard*¹⁰, la Division des petites créances de la Cour du Québec reconnaissait la possibilité d'indemniser un préjudice écologique en tirant son inspiration de l'affaire de common law *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Product Ltd* dont nous ferons état dans un instant. L'indemnisation du préjudice en question était réclamée par les propriétaires d'une réserve naturelle privée reconnue par le gouvernement du Québec qui avait été

⁶ Hélène TRUDEAU, « La responsabilité statutaire du pollueur au Québec », *L'environnement à quel prix ? Actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Montréal en septembre 1994*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 121, aux pages 138-139. Voir aussi plus récemment : Michel YERGEAU et Nadia CATTANEO, « Les préjudices écologiques », (2004) 38 *R.J.T.* 303.

⁷ *Olsen c. P.-G. (Québec)*, 2009 QCCS 2167, par. 109.

⁸ La Cour réfère ici à un des experts.

⁹ *Olsen c. P.-G. (Québec)*, préc., note 7, par. 109.

¹⁰ 2006 QCCQ 2077.



endommagée considérablement par l'intrusion de vaches du cheptel des défendeurs.

Le portrait se dessine plus clairement dans les provinces canadiennes de common law. En effet, la Cour suprême du Canada reconnaît en 2004 dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Product Ltd (Canfor)* que la province a le pouvoir de poursuivre comme représentante de la collectivité pour un dommage environnemental¹¹. Le plus haut tribunal du pays rejette aussi expressément l'argument voulant que seul le législateur puisse reconnaître la notion de dommage environnemental : « Nos tribunaux, tant en première instance qu'en appel, ont couramment admis que les préoccupations environnementales représentent des éléments légitimes de l'appréciation des dommages-intérêts »¹². Par contre, elle n'accorde pas de tels dommages jugeant que le préjudice écologique n'avait été ni allégué ni prouvé dans cette affaire¹³.

Reste que la jurisprudence en responsabilité environnementale s'intéresse principalement au préjudice patrimonial découlant d'atteintes à l'environnement¹⁴ et au préjudice que ces atteintes causent à la santé. Lorsque des préjudices à la santé sont réclamés, les enjeux probatoires ne portent pas sur la reconnaissance du préjudice, mais plutôt sur la preuve de la causalité. Après quelques brefs commentaires sur l'évaluation judiciaire du préjudice écologique (II), ce texte centre son propos principal sur le défi probatoire actuellement le plus important en matière de responsabilité environnementale, soit la preuve du lien de causalité en cas d'atteinte à la santé associée à un préjudice écologique (III). Il s'attarde exclusivement au raisonnement des tribunaux québécois en matière de preuve du lien causal¹⁵.

¹¹ *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Product Ltd*, [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 SCC 38, par. 67, 72-81. La Cour observe que ce pouvoir est, surtout aux États-Unis, rattaché au rôle *parens patriae* (par. 78). Une telle poursuite peut se faire, selon la Cour, en utilisant les délits de nuisance publique, de négligence ou de *trespass* (par. 81).

¹² *Id.*, par. 146.

¹³ *Id.*, par. 12, 14 et 153.

¹⁴ Par exemple : nettoyage, décontamination, remise en état, baisse de la valeur, etc.

¹⁵ Nous ne ferons donc pas la revue de la prolifique littérature internationale portant sur la preuve du préjudice écologique ou de la causalité.



I. La preuve du préjudice écologique devant les tribunaux canadiens

C'est la jurisprudence sur la coupe d'arbre qui nous en apprend étrangement le plus sur les enjeux soulevés par la preuve du préjudice écologique devant les tribunaux canadiens. En droit québécois, on reconnaît la valeur d'ornementation et d'agrément des arbres¹⁶. Dans le reste du pays, les tribunaux admettent aussi l'indemnisation de la valeur intrinsèque des arbres – pour des sommes par ailleurs réduites –, mais sans adopter de méthode rigoureuse quand vient le temps d'évaluer cette perte de valeur¹⁷. Trois affaires de l'Ontario et de la Colombie-Britannique portant sur des coupes d'arbres sur les terrains de municipalités ou sur des terrains privés nous renseignent.

*Dykhuisen v. Saanich*¹⁸ concernait la coupe d'arbres appartenant à une municipalité. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique juge raisonnable la formule d'évaluation des dommages proposée par un horticulteur employé par la municipalité et basée sur le diamètre, la section transversale, l'espèce, la localisation et la condition des arbres. Elle observe que les dommages ne sont pas limités à la valeur marchande des arbres et peuvent inclure le coût de leur restauration ou de leur restitution, ainsi que la perte de jouissance liée à leur destruction, dans la mesure où la restauration complète ne peut être effectuée¹⁹.

Une décision plus ancienne de la Cour d'appel de l'Ontario, *Scarborough v. REF Homes*²⁰, concerne trois très vieux arbres coupés sur une emprise routière. La Cour accorde des dommages pour compenser la valeur intrinsèque des arbres, malgré la pauvreté de la preuve à cet égard. Elle se dit d'avis que la perte subie dépasse la seule valeur de remplacement des arbres coupés, notant que la municipalité est fiduciaire de l'environnement au bénéfice des résidents vivant à proximité de l'emprise

¹⁶ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o 1-397, note 544.

¹⁷ Voir par exemple : *Dykhuisen v. Saanich*, (1989) 63 D.L.R. (4th) 211 (B.C. C.A.); *Scarborough v. REF Homes Ltd.*, (1979) 9 M.P.L.R. 255 (Ont. C.A.); *Kates v. Hall*, (1991) 53 B.C.L.R. (2d) 322 (B.C. C.A.). Ces affaires sont citées dans la dissidence du juge Lebel dans l'affaire *Canfor* dont nous ferons état ci-dessous.

¹⁸ *Dykhuisen v. Saanich*, préc., note 17.

¹⁹ *Id.*, p. 3.

²⁰ (1979) 9 M.P.L.R. 255 (Ont. C.A.).



La preuve et le préjudice écologique

routière²¹. Elle évalue donc les dommages en conséquence en accordant 4 000 \$, soit dix fois plus que la valeur de remplacement estimée à 400 \$²². Enfin, dans *Kates v. Hall*²³, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique attribue 1 000 \$ par arbre abattu sur une propriété privée – un total de treize arbres – pour indemniser la perte de jouissance de ces derniers, même si la coupe n'avait pas diminué la valeur de la propriété.

Mais, l'affaire canadienne la plus importante en matière de preuve du préjudice écologique est sans contredit *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Product Ltd*²⁴, une décision de la Cour suprême du Canada de 2004 mieux connue sous le nom de « Canfor ». Ce litige faisait suite à la destruction de 1 491 hectares de forêt domaniale, incendiés par la faute de Canfor, une grande entreprise forestière de la Colombie-Britannique. Selon l'observation de la Cour elle-même, le préjudice environnemental causé comprenait probablement des problèmes d'érosion aggravés, une menace à l'habitat du poisson, un approvisionnement en eau détérioré, et la perte d'une forêt verdoyante²⁵. Les secteurs affectés incluaient des zones écosensibles (ZES) où la coupe commerciale du bois n'était pas exploitée. Le gouvernement de la Colombie-Britannique réclamait, à titre de propriétaire foncier²⁶, notamment la valeur commerciale des arbres protégés/réservés dans cette zone, majorée de 20 pour cent pour « perte environnementale ».

Le fait que les arbres des zones ZES n'étaient pas censés être commercialisés était une difficulté dans cette affaire. Concluant qu'on ne pouvait en apprécier la valeur en fonction de leur valeur marchande²⁷, le juge de première instance octroie le coût de leur restauration – par réensemencement et autres travaux – qui avait fait l'objet d'un accord entre

²¹ *Id.*, par. 5 et 6.

²² *Id.*, par. 4 et 6.

²³ *Kates v. Hall*, préc., note 17.

²⁴ Préc., note 11.

²⁵ *Id.*, par. 57.

²⁶ *Id.*, par. 82. Par conséquent, les fondements d'une revendication présentant un caractère plus public n'ont pas été débattus (par. 82). La province réclamait quant aux ZES pour la « diminution de la valeur du bois » à titre de propriétaire foncier, établie en fonction de la valeur des « droits de coupe » ou, subsidiairement, de leur valeur aux enchères (par. 21 et 41).

²⁷ Rapporté par la Cour suprême : *id.*, par. 54, qui souligne cependant qu'ils étaient susceptibles d'être récoltés (par. 121).



les parties. Il ne tint cependant pas compte du nombre d'années nécessaires pour redonner à la forêt ses dimensions d'avant l'incendie²⁸. Quant à la Cour suprême, bien qu'acceptant qu'en établissant une ZES, la province ait conclu que les arbres protégés avaient une valeur plus grande sur pieds que coupés²⁹, elle constate que leur valeur marchande théorique est en fait négative à la lumière du coût de leurs coupes potentielles³⁰ et de la compensation opérée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré³¹.

La majorité de la Cour suprême montre, malgré ces difficultés, une volonté de reconnaître à sa juste valeur le préjudice causé aux arbres des ZES. Elle se dit d'avis que le dommage à ces arbres ne peut se mesurer par leur valeur marchande et accepte que l'« environnement est un bien d'importance supérieure »³². Elle refuse toutefois la majoration de 20 pour cent proposée qu'elle trouve trop arbitraire et simpliste. Elle ne se prononce cependant pas davantage, considérant que la province n'avait ni allégué, ni prouvé le préjudice écologique en raison de son positionnement à titre de propriétaire foncier tentant de récupérer la perte de ses droits de coupe³³. Ce faisant, la Cour insiste sur la nécessité de faire la preuve du préjudice écologique :

[J]e n'accepte pas que la Couronne puisse avoir gain de cause en ce qui concerne une demande non plaidée pour un préjudice « écologique » ou « environnemental », simplement parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable. Le tribunal et le présumé auteur de la faute ont le droit d'exiger que la Couronne étaye sa position³⁴.

À cet égard, les juges dissidents, Lebel, Bastarache et Fish, divergent. Ils sont d'avis que, malgré les faiblesses dans les allégations et la preuve, les dommages que la Couronne peut toucher ne se limitent pas à ceux

²⁸ Rapporté dans *id.*, par. 50.

²⁹ *Id.*, par. 123.

³⁰ En ce qui concerne les arbres situés en terrain escarpé : *id.*, par. 128.

³¹ En ce qui concerne les arbres situés dans les aires riveraines ZES, la Cour note que la province accepte que « toute perte de la valeur marchande des droits de coupe anticipés était plus que compensée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré » : *id.*, par. 130.

³² *Id.*, par. 135.

³³ *Id.*, par. 12, 14 et 153.

³⁴ *Id.*, par. 145 [nos soulignés].

encourus à titre de propriétaire. En effet, sa fonction *parens patriae* l'appelant à protéger l'environnement et l'intérêt du public³⁵, la Couronne pourrait «recouvrer des dommages-intérêts dans l'intérêt public, même si elle recourt à la valeur marchande comme indicatrice du montant des dommages-intérêts»³⁶. Citant les trois arrêts mentionnés plus tôt, les juges dissidents notent que la jurisprudence reconnaît que des dommages-intérêts, en sus des coûts de restauration, peuvent être alloués à la province malgré les difficultés de preuve sous-jacentes³⁷. Refusant par contre d'accorder une indemnité additionnelle au titre de l'environnement³⁸, ils concluent que la valeur intrinsèque des arbres protégés dans les ZES est au moins égale à leur valeur marchande même si aucun usage commercial n'était prévu à leur égard³⁹.

Pour la majorité, l'absence d'allégation et de preuve ferme donc toute porte à l'évaluation du préjudice écologique. Il est par contre intéressant que les juges majoritaires renvoient tout de même longuement aux allégations de la province quant aux méthodes d'évaluation du préjudice écologique même s'ils n'émettent aucune opinion à leur sujet. Notre texte se voulant une analyse du raisonnement judiciaire, nous ne ferons pas une étude de ces allégations sauf pour souligner qu'elles concernaient trois aspects, soit les trois éléments d'une perte environnementale⁴⁰; les types de preuve factuelle susceptibles de fonder méthode d'évaluation appropriée⁴¹; et les méthodes de calcul⁴². De plus, la Colombie-Britannique

³⁵ *Id.*, par. 158.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, par. 214 et 221.

³⁸ *Id.*, par. 214.

³⁹ *Id.*, par. 157.

⁴⁰ Soit la valeur de la jouissance, la valeur de la jouissance passive ou d'existence, et la valeur intrinsèque : *id.*, par. 138.

⁴¹ La province alléguait, mais sans présenter de preuve à cet égard, que cette preuve factuelle pouvait inclure : la nature de la faune, flore et autres organismes protégés par la ressource, le caractère unique de l'écosystème du point de vue biologique, les avantages environnementaux qu'offre la ressource (par exemple, la qualité de l'eau et les obstacles à l'érosion), les possibilités récréotouristiques, et l'attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite : *id.*, par. 141.

⁴² Quant aux méthodes de calculs, la province avait évoqué l'évaluation contingente, l'évaluation des frais de déplacement, et l'évaluation hédonique des qualités environnementales : *id.*, par. 142 et 143.

s'appuyait lourdement sur le *Report on Damages for Environmental Harm* produit par la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 2009⁴³, alors que Rosalie Abella, maintenant juge à la Cour suprême du Canada, en était la présidente. Ce rapport recommande un nouveau régime d'indemnisation pour le préjudice « public » résultant du dommage environnemental s'accompagnant d'un recours appartenant à tout citoyen et à la Couronne⁴⁴.

La décision dans *Canfor* sert d'inspiration à la Cour du Québec dans l'affaire *Bérubé c. Savard*⁴⁵ déjà mentionnée. Au contraire de *Canfor*, une preuve d'expert avait établi dans *Bérubé* le préjudice causé à une réserve naturelle privée, propriété des demandeurs, par des vaches qui y pénétraient en raison des clôtures inappropriées des défendeurs⁴⁶. Le préjudice consistait en « la perte de diversité biologique, l'eutrophisation (vieillesse) des lacs et des cours d'eau, la prolifération d'espèces envahissantes et la réduction des ressources en eau utilisables »⁴⁷. La Division des petites créances attire toutefois l'attention sur les difficultés de quantification du préjudice écologique :

Dans ce monde de prévalence d'économie de marché, il demeure néanmoins des préjudices difficilement quantifiables puisque extérieur au circuit économique. Il apparaît néanmoins au tribunal qu'il doit être distingué d'un simple trouble de voisinage. L'évaluation comporte nécessairement une certaine partie d'arbitraire, vu l'impossibilité pratique de remettre ici le territoire endommagé dans son état initial⁴⁸.

Évoquant la décision *Canfor*, le juge insiste sur le fait qu'en l'absence d'un régime législatif encadrant la perte environnementale, les tribunaux doivent user de circonspection dans l'évaluation des dommages

⁴³ *Id.*, par. 199.

⁴⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Damages for Environmental Harm*, Toronto, The Commission, 1990, p. 2 et 3. Le rapport se prononce aussi sur les valeurs à privilégier pour l'indemnisation, affirmant que les tribunaux devraient utiliser à la fois la valeur de jouissance et la valeur intrinsèque.

⁴⁵ Préc., note 10.

⁴⁶ *Id.*, par. 14. La Cour observe d'ailleurs que le défendeur est l'auteur de nombreux autres troubles de voisinage (par. 10).

⁴⁷ Tiré du rapport d'une biologiste, experte des demandeurs : *id.*, par. 15.

⁴⁸ *Id.*, par. 22.



environnementaux⁴⁹. Remarquant que la Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée sur les techniques d'évaluation appropriées de ces derniers, il souligne que les demandes d'indemnisation du préjudice écologique ne peuvent être refusées sur le fondement d'objections « excessivement techniques aux méthodes d'évaluation nouvelles des dommages environnementaux », pourvu que l'équité pour les deux parties soit maintenue⁵⁰. Il accorde donc les dommages limités suggérés par les demandeurs, soit 4 000 \$, sans entreprendre de calcul particulier⁵¹.

La Cour suprême du Canada reconnaît donc que le préjudice environnemental est potentiellement indemnisable... à condition d'être prouvé, ce qui ne s'avère pas une mince affaire. Elle ne va malheureusement pas jusqu'à se prononcer sur les valeurs et méthodes appropriées pour ce faire malgré les allégations de la province à cet effet. Quant à la jurisprudence québécoise, elle reste à ce jour relativement silencieuse sur la question. Elle l'est moins sur la preuve du lien de causalité lorsqu'un lien entre un dommage environnemental et un préjudice à la santé humaine est invoqué.

II. La preuve du préjudice à la santé devant les tribunaux canadiens

Le problème de preuve qui affecte le plus les réclamations pour préjudice à la santé à la suite d'atteintes environnementales est sans contredit l'incertitude causale de nature scientifique. Heather McLeod-Kilmurray et de Lynda Collins le formulent éloquentement :

Perhaps the single biggest challenge faced by adjudicators in toxic tort cases is the pervasive presence of scientific uncertainty. [...] Causation is widely acknowledged to be the major hurdle facing most [...] plaintiffs in toxic tort actions⁵².

Les défis probatoires typiquement rencontrés dans les affaires de responsabilité environnementale portent sur la causalité générale, la causalité spécifique, ou découlent de situations dites de causalité « alternative ».

⁴⁹ *Id.*, par. 24.

⁵⁰ *Id.*, par. 26.

⁵¹ *Id.*, par. 28 et 32.

⁵² Heather McLEOD-KILMURRAY et Lynda COLLINS, *The Canadian Law of Toxic Torts*, Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 17 et 111.



Les difficultés associées à la causalité générale affectent la détermination dans l'abstrait d'un lien causal entre deux facteurs, rendue impossible en raison de l'état d'avancement de la science. Lorsque c'est l'appréciation du lien causal dans un cas concret qui pose problème, c'est la causalité spécifique ou personnelle qui est en jeu. Les difficultés à évaluer la causalité personnelle peuvent advenir, notamment, en présence d'hypothèses causales multiples non départagées par manque d'information factuelle ou scientifique dans un cas précis. Enfin, les situations de « causalité alternative » ou de « défendeur indéterminé » surviennent, par exemple, lorsqu'une personne est exposée à une substance toxique qui émane de plusieurs défendeurs fautifs sans qu'on puisse savoir quelle exposition a causé le préjudice.

A. Causalité générale : problèmes à la rencontre de la science et du droit

L'incertitude scientifique affectant la preuve de la causalité « générale » peut découler de plusieurs facteurs, tel que le soulignent les auteures McLeod-Kilmurray et Collins. Ces facteurs incluent l'insuffisance de l'information sur la toxicité de la substance émise, le manque de ressources des autorités réglementaires leur permettant d'entreprendre des études ou des tests, les difficultés méthodologiques – par exemple, le fait que les essais contrôlés randomisés sont impossibles à effectuer, ou l'omission d'effectuer des recherches de l'industrie⁵³. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le standard de preuve juridique est beaucoup moins exigeant que celui requis par la science qui nécessite une quasi-certitude avant de conclure fermement à un lien de cause à effet. La simple prépondérance de preuve⁵⁴ – l'existence d'un lien causal doit être plus probable que son absence – est suffisante et laisse donc une large place à l'incertitude. Il est par conséquent erroné de constater une incertitude causale en droit dès que la science est incapable de tirer des conclusions fermes quant à un lien entre un agent toxique, par exemple, et un préjudice invoqué.

Malgré l'absence d'exigence de certitude du lien causal, la preuve de la causalité générale en matière environnementale est souvent laborieuse. Prenons pour exemple l'affaire *Spieser c. Canada (P-G)*, une décision de

⁵³ *Id.*, p. 17-24. C'est ce que les auteures McLeod-Kilmurray et Collins appellent l'« ignorance fabriquée » (« manufactured ignorance ») : *id.*, p. 24.

⁵⁴ C.c.Q., art. 2804.



2012 de la Cour supérieure du Québec actuellement en appel. Dans cette action collective⁵⁵ en responsabilité civile, les demandeurs alléguaient qu'un déversement de TCE (trichloréthylène), dont les forces armées canadiennes étaient responsables, avait causé un nombre anormalement élevé de cancers, maladies et autres malaises chez d'anciens et actuels résidents de la municipalité de Shannon. Le déversement avait en effet contaminé la nappe phréatique et les puits d'alimentation en eau potable des résidents. Après avoir entendu 23 témoins experts, notamment en toxicologie, toxicologie moléculaire, épidémiologie, oncologie et médecine, la Cour constate l'existence d'un consensus scientifique non concluant suggérant la possibilité seulement, et non la probabilité, de lien avec le cancer du foie et le lymphome non hodgkinien. Bien que la Cour observe que le litige ne doit pas se décider en fonction d'un consensus scientifique, mais selon la prépondérance des probabilités, qui exige plus qu'une simple possibilité, elle conclue que la preuve (scientifique) ne démontre pas de lien de causalité que ce soit par preuve directe ou par présomptions.

Après avoir noté la distinction entre preuve scientifique et preuve juridique, la Cour s'appuie en fait lourdement sur la preuve scientifique et sur le consensus scientifique rapporté pour tirer sa conclusion juridique, laissant totalement de côté la distinction établie. Bien que le réflexe soit compréhensible – on tente d'apprécier l'existence d'un lien de causalité dans l'abstrait après tout – est-il adéquat de faire reposer l'évaluation de la causalité dite « générale » essentiellement sur les conclusions scientifiques ? La question est pertinente, car bien que les tribunaux rappellent fréquemment que la causalité en droit ne nécessite pas d'exactitude scientifique lorsqu'ils évaluent la causalité spécifique, cette règle semble occultée lorsque l'enjeu en est un de causalité générale. Pourtant la théorie du droit de la preuve ne fait pas de distinction entre causalité générale et spécifique dans l'application du standard de preuve civile de la prépondérance de preuve⁵⁶. Si le même standard de preuve s'applique aux deux

⁵⁵ Alors appelée « recours collectif ». *Spieser c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 2801 (en appel).

⁵⁶ Voir aussi la suggestion de McLeod-Kilmurray et Collins à l'effet d'encourager les experts scientifiques à évaluer la causalité selon l'approche « weight-of-evidence » (approche fondée sur le poids de la preuve) lorsqu'ils témoignent devant la Cour : H. McLEOD-KILMURRAY et L. COLLINS, préc., note 52, p. 31. Cette approche est d'ailleurs utilisée par un des experts dans l'affaire *Spieser c. Canada (Procureur général)*, préc., note 55, par. 232 et 233.



types d'évaluation causale, cela voudrait bel et bien dire que l'absence de conclusion scientifique ferme ne peut être un obstacle en soi à un lien de causalité en droit. Dans *Spieser* toutefois, le lien de causalité n'étant que « possible » selon la preuve scientifique, la conclusion juridique aurait sans doute été similaire même si l'analyse avait soupesé les conclusions scientifiques à la lumière des standards juridiques.

B. Causalité spécifique : les causes multiples

Les problèmes affectant la démonstration de la causalité spécifique peuvent aussi découler de multiples facteurs. Ces derniers incluent l'utilité limitée de la preuve épidémiologique – fondée sur des études populationnelles – pour déterminer les relations de cause à effet sur le plan individuel. Ils peuvent en outre résulter du fait que les maladies en causes en matière d'atteinte à l'environnement – le cancer par exemple – sont souvent complexes et multifactorielles. De plus, les affections liées à la pollution environnementale peuvent présenter des facteurs de confusion tels les habitudes de vie ou le tabagisme de la personne atteinte. Il peut donc être difficile dans un cas précis d'identifier la cause effective du préjudice subi parmi plusieurs hypothèses possibles. Enfin, dans les affaires de responsabilité environnementale causant des préjudices à la santé, il existe fréquemment une période de latence entre l'exposition à la source de risque et l'apparition de symptômes, donnant ainsi le temps aux facteurs de confusion d'intervenir et à la preuve de s'effriter⁵⁷.

Pour aborder ce type de difficultés, les enseignements de la Cour suprême du Canada, en réponse à des problèmes de preuve similaires en responsabilité médicale, peuvent servir de guide. Premièrement, la Cour y indique régulièrement depuis les années quatre-vingt-dix que la causalité est une notion essentiellement juridique qui ne nécessite pas de certitude ou de précision scientifique, mathématique ou médicale. Cette règle et la prédominance du standard de la prépondérance de preuve sont d'ailleurs parfois bien appréhendées par les experts. C'était le cas dans *Boucher c. Pohénégamook (Ville de)*⁵⁸, un litige découlant de déversements fautifs

⁵⁷ Ces facteurs sont notés à la fois par Odette NADON, « Certains aspects juridiques de l'analyse de risque en droit de l'environnement » dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992 et H. McLEOD-KILMURRAY et L. COLLINS, préc., note 52, p. 17-24.

⁵⁸ 2012 QCCS 2362.

d'eaux usées dans un ruisseau, provenant d'une station de pompage. À la suite de ces déversements, une famille dont le chalet était à proximité se plaignit d'affections diverses dont une infection urinaire, des maux d'oreille, des gastro-entérites et d'autres malaises. Le tribunal se fonde sur le témoignage d'un des experts pour conclure au lien de causalité entre ces maux et le déversement. L'expert avait souligné son manque de certitude quant à l'origine de l'infection urinaire, tout en affirmant qu'il était « probable » qu'elle provienne d'une bactérie venant d'un CLSC local desservi par la station de pompage⁵⁹. L'expert était aussi d'avis que les autres infections et malaises provenaient « vraisemblablement » de l'eau polluée⁶⁰. Ainsi, la vraisemblance et la probabilité furent à bon droit suffisantes pour conclure positivement au lien de cause à effet. Contrairement à l'affaire *Spieser*, l'évaluation scientifique faisait ici appel aux normes probatoires juridiques.

Deuxièmement, la Cour suprême du Canada pose des limites à la flexibilité dont les tribunaux peuvent faire preuve lorsqu'ils évaluent la causalité en matière médicale. Elle précise que la causalité ne peut être prouvée ou présumée *uniquement* 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, ou qu'il a créé un « danger manifeste » qui se réalise, sauf dans le cadre d'exceptions limitées⁶¹. La preuve par présomption de fait est, quant à elle, toujours théoriquement disponible⁶². Mais ces présomptions « du fait de l'homme » ne sont que peu utilisées, ou utilisées avec peu de succès, en responsabilité environnementale québécoise. Dans certains rares cas, une coïncidence temporelle accompagnée d'une absence d'autres explications pourrait assoir une telle présomption, mais les illustrations jurisprudentielles sont peu nombreuses et de faible valeur⁶³. C'est la présence de

⁵⁹ Surtout considérant que la bactérie en cause était résistante aux traitements antibiotiques : *id.*, par. 115.

⁶⁰ *Id.*, par. 115-117.

⁶¹ Ces énoncés découlent de la lecture cumulative de : *Snell c. Farrell*, [1991] 1 R.C.S. 541 ; *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 ; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491 ; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

⁶² C.c.Q., art. 2649.

⁶³ Par exemple : *Crevier c. Choquette*, 2005 CanLII 505 (QC CQ). Cette affaire concernait un épandage de fumier qui fut suivi dans un très court délai de deux gastroentérites chez des voisins. La causalité fut présumée, mais une faute intentionnelle avait été commise dans cette affaire, qui fut décidée par la Division des petites créances de la Cour du Québec. La décision *Ferme G. Maurice c. Corporation municipale de*

facteurs explicatifs multiples qui constitue l'embuche majeure à la preuve par présomption de fait. L'honorable Jean-Louis Baudouin voyait juste à notre avis lorsqu'il 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 les batailles d'experts, les possibilités causales multifactorielles imposent aux demandeurs, la plupart du temps, un fardeau extraordinairement lourd et laisseront parfois le tribunal ou le juge avec peu d'indications significatives et efficaces⁶⁴.

Berthiaume c. Val Royal Lasalle ltée, la fameuse affaire « de la MIUF »⁶⁵, fourni à cet égard un parallèle intéressant, bien qu'elle porte sur la responsabilité du fait des produits. Six recours en dommages avaient été entrepris contre les entrepreneurs et fabricants qui installèrent de la Mousse isolante d'urée-formaldéhyde (MIUF) comme isolant dans les résidences des demandeurs. Successivement, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec refusèrent de présumer la causalité entre la présence de la MIUF et le préjudice invoqué. Les demandeurs avaient notamment allégué un préjudice 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 : l'âge de leurs maisons ; la nature des murs ; et l'existence d'autres sources de formaldéhyde présentes dans certaines résidences et n'émanant pas de l'isolant, tels les foyers au gaz naturel, les foyers au bois et, même, le corps humain. 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. Pourtant, si ces sources étaient cumulatives, c'est-à-dire qu'elles s'ajoutaient au formaldéhyde qui émanait de la MIUF, leur existence n'aurait pas nécessairement dû mener à un rejet du lien causal.

St-Claude J.E. 93-987 (C.S.), [1993] R.R.A. 305 procure un autre exemple intéressant de ce raisonnement. Le préjudice en cause consistait cependant en une atteinte à la santé animale, soit un nombre anormal d'avortements spontanés chez des vaches s'abreuvant à un ruisseau pollué.

⁶⁴ Jean-Louis BAUDOUIN, « Toxic and catastrophic torts : A Quebec perspective », dans Frank E. McARDLE (dir.), *Cambridge Lectures*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1991 [notre traduction].

⁶⁵ *Berthiaume c. Val Royal Lasalle ltée*, J.E. 92-71 (C.S.), [1992] R.J.Q. 76, (appel rejeté : *Berthiaume c. Réno-dépôt inc.*, J.E. 95-2056 (C.A.), [1995] R.J.Q. 2796).



La preuve et le préjudice écologique

Les deux décisions ne précisent toutefois pas si l'action de ces sources était cumulative, peut-être parce que leur lien avec les symptômes allégués n'était pas clair⁶⁶.

Reste la possibilité d'invoquer la présomption de causalité établie par la Cour suprême du Canada en 1977 dans l'affaire *Morin c. Blais*⁶⁷. Cette présomption trouve application lorsqu'une faute civile consistant en la contravention à une disposition réglementaire exprimant une norme élémentaire de prudence « est immédiatement suivie d'un accident dommageable que la norme avait justement pour but de prévenir ». Dans une telle situation, dit la Cour, il peut être 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. L'utilisation du verbe « pouvoir » indique que la présomption est à la discrétion du juge des faits.

La présomption de causalité de *Morin c. Blais* est-elle applicable en cas de contravention à la réglementation environnementale ? Nous croyons que oui, à l'instar d'Odette Nadon qui l'affirme à plusieurs reprises⁶⁸. Étonnement, cette présomption a été peu invoquée devant les tribunaux québécois⁶⁹. Ce n'est sans doute pas sans raison puisque ses conditions



⁶⁶ Le rejet de la réclamation s'explique aussi par d'autres difficultés dont l'absence de dommage indemnifiable. Voir comme illustration des difficultés à prouver la causalité spécifique en matière environnementale : *Association des résidents riverains de La Lièvre inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCS 5100, par. 743, 746 et 748-749 ; *Michaud c. Équipements ESF inc.*, 2010 QCCA 2350, par. 61-73 (impliquant toutefois un préjudice à la santé de truites, propriété du demandeur) ; *Labrosse c. Hydro-Québec*, [1989] R.R.A. 739 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel rejette, tout comme la Cour supérieure, la réclamation pour absence de preuve de causalité. Elle n'accorde pas les dépens à la défenderesse en reconnaissance des difficultés de preuve auxquelles faisaient face les demandeurs et notant que la coïncidence temporelle entre l'action de la défenderesse et les changements environnementaux invoqués pouvaient leur faire croire à un tel lien de causalité.

⁶⁷ [1977] 1 R.C.S. 570.

⁶⁸ O. NADON, préc., note 57 ; Odette NADON, « La responsabilité du pollueur et l'évolution de la notion de faute », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 141.

⁶⁹ Et elle est parfois mal comprise : voir par exemple en matière de responsabilité environnementale, *Michaud c. Équipements ESF inc.*, préc., note 67, par. 51 et 52.



de mise en œuvre posent des défis particuliers en matière environnementale. Par exemple, la Cour supérieure⁷⁰ dans l'affaire *Nadon c. Montréal (Ville de)*⁷¹ jugea la présomption de *Morin c. Blais* inapplicable. En effet, le préjudice invoqué dans cette affaire, une réaction allergique – une rhinite allergique saisonnière – en lien allégué avec le pollen de l'herbe à poux présente sur les terrains de la Communauté urbaine de Montréal⁷² en contravention avec le *Règlement n° 90 relatif à l'assainissement de l'air*, s'était développé graduellement. Le préjudice invoqué ne satisfaisait donc pas l'exigence de « suivre immédiatement » la contravention à la disposition réglementaire⁷³.

Soulignons enfin une tendance récente en responsabilité médicale qui pourrait avoir des ramifications en matière environnementale. Dans *St-Germain c. Benhaim*⁷⁴, la Cour d'appel du Québec accepte d'« inférer » la causalité sur le fondement d'une preuve alléguée – en l'espèce une donnée statistique générale – dans le cas où la faute du défendeur est la cause d'une incertitude causale. Est-ce qu'un tel raisonnement pourrait être applicable en présence d'incertitude causale résultant des actions d'une industrie polluante, par exemple de son omission d'entreprendre des recherches sur la toxicité des substances qu'elle utilise ou émet ? Une approche judiciaire favorable à la victime, fondée sur un idéal de justice dans les cas où le créateur de risque contribue à créer une incertitude causale, peut avoir des répercussions préventives intéressantes. En effet, elle pourrait inciter l'industrie, soit l'acteur qui a souvent les moyens financiers de ce faire, à être proactive dans ses recherches préalables à l'activité. Précisons toutefois que *Benhaim* ne crée pas de « faute d'omission

⁷⁰ La Cour d'appel ne revient pas sur ce point.

⁷¹ 2007 QCCS 150, appel rejeté : *Nadon c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2221, [2008] R.J.Q. 2600 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 2009-04-23, 32972).

⁷² Les demandeurs, 180 000 personnes domiciliées sur le territoire de la C.U.M., alléguaient que plusieurs municipalités de cette dernière ne procédaient pas chaque année avant le 1^{er} août, comme elle le devait, à l'éradication des plants d'herbe à poux sur les terrains dont elles sont propriétaires ou qu'elles utilisent ou occupent : *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.A.), *id.*, par. 1.

⁷³ Voir aussi *Michaud c. Équipements ESF inc.*, préc., note 67, par. 54 et 55.

⁷⁴ 2014 QCCA 2207 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accueillie, C.S.C., 2015-10-29, 36291). Au moment de finaliser les épreuves de ce texte, la Cour suprême du Canada infirmait la décision de la Cour d'appel du Québec : *St-Germain c. Benhaim*, 2016 CSC 48.



d'investiguer» et que l'incertitude doit être l'*effet* de la faute constituant le fait générateur de responsabilité. Par exemple, il faudrait que ce soit l'action fautive polluante qui crée l'incertitude causale, et non l'absence de participation dans le développement des connaissances scientifiques. La Cour suprême du Canada a entendu l'appel dans *St-Germain c. Benhaim* en avril 2016. Malgré les bémols ci-dessus, son dénouement sera à notre avis d'un grand intérêt en matière environnementale.

C. Causalité « alternative » ou le défendeur indéterminé

Le dernier problème de preuve causale pouvant survenir en responsabilité environnementale est celui de la causalité dite « alternative » – aussi connue sous l'appellation « défendeur indéterminé ». Imaginons que deux entreprises émettent fautivement dans l'environnement la même substance toxique à laquelle est exposée une personne qui développe par la suite des problèmes de santé. Dans la majorité des cas, ces problèmes surviendront par suite d'une accumulation d'exposition à la substance en cause, avec comme résultat que c'est l'action cumulative des deux acteurs fautifs qui sera à son origine, si scientifiquement le lien entre la substance et l'atteinte à la santé est prouvé. Imaginons toutefois qu'un seul contact avec l'agent dommageable soit suffisant pour produire l'entier préjudice⁷⁵. Dans un tel cas, l'agent producteur du dommage – la substance toxique – est, par hypothèse, connu. Mais on ne saura pas de quel défendeur l'agent ayant effectivement causé le préjudice provient, permettant à chaque défendeur de se disculper en pointant l'autre du doigt.

Le droit québécois résout aisément les difficultés de causalité alternative par un renversement du fardeau de preuve accompagné d'une responsabilité solidaire des défendeurs ne réussissant pas à s'exonérer. Selon l'article 1480 du Code civil du Québec :

Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu'elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, sans qu'il soit possible, dans l'un ou l'autre cas, de déterminer laquelle l'a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice.

⁷⁵ Ou que l'on ignore si le préjudice se développe par suite d'un seul contact ou d'une action cumulative.



La Cour supérieure refuse d'appliquer cette solution dans *Nadon c. Montréal (Ville de)*⁷⁶ déjà brièvement mentionnée. Cette action collective⁷⁷ avait été intentée au nom de 180 000 personnes résidant dans différentes municipalités de la Communauté urbaine de Montréal (C.U.M.). Ces personnes avaient souffert de rhinite allergique causée par du pollen émis par l'herbe à poux. Ils alléguaient que leur condition découlait de l'omission des municipalités en cause, pendant quatre ans, d'éradiquer les plants après le 1^{er} août comme la loi le leur imposait⁷⁸. Rejetant l'action, le juge de première instance nota que pratiquement toute l'herbe à poux en cause provenait de terrains adjacents à des routes ou des trottoirs et qu'il n'y avait pas de preuve que les défenderesses possédaient, occupaient ou utilisaient ces terrains⁷⁹. De plus, même si le pollen émanait de plants localisés sur des terrains contrôlés par les défenderesses, il ne pouvait être démontré que le pollen ayant causé le préjudice avait été émis par les plantes situées sur les terrains appartenant à *toutes* les défenderesses⁸⁰. Par conséquent, celles-ci n'étaient pas *toutes susceptibles*, selon la Cour, d'être à l'origine de l'allergie invoquée par chaque membre du groupe. Enfin, l'affaire était davantage compliquée par le fait que puisque le pollen d'herbe à poux peut être aéroporté sur une grande distance, le pollen préjudiciable pouvait provenir de sources locales et régionales extérieures au territoire de la C.U.M.⁸¹.

La demanderesse avait invoqué l'article 1480 C.c.Q. pour prouver la causalité. Cet article pouvait en effet se révéler utile dans la mesure où chaque membre avait été *exposé* au pollen provenant de toutes les villes défenderesses fautives, sans qu'on sache quelle exposition, reliée à quelle défenderesse, avait effectivement causé la réaction allergique. C'est bien ce que l'on doit entendre par les termes «susceptibles d'avoir causé le préjudice» de l'article 1480 C.c.Q. Il n'était donc nullement nécessaire de prouver que le pollen ayant causé le préjudice provenait de toutes les défenderesses, tel que semble le laisser entendre la Cour supérieure dans

⁷⁶ *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.S.), préc., note 72.

⁷⁷ Alors appelée «recours collectif».

⁷⁸ En vertu de l'art. 7.03 du *Règlement n° 90 de la C.U.M.* et de l'art. 7 de la *Loi sur les abus préjudiciables à l'agriculture*. Faits tirés du jugement de la Cour d'appel : *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.A.), préc., note 72.

⁷⁹ *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.S.), préc., note 72, par. 9.

⁸⁰ *Id.*, par. 10.

⁸¹ *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.A.), préc., note 72, par. 42.

l'extrait de son analyse rapporté précédemment. Plus loin dans son jugement, la Cour semble toutefois bien énoncer la situation à laquelle l'article 1480 C.c.Q. répond; celle dans laquelle plusieurs propriétaires, occupants ou utilisateurs avaient pu permettre à des plantes d'émettre du pollen dans un rayon géographique dans lequel il est probable qu'il puisse être inhalé par les demandeurs allergiques sans qu'il soit possible de déterminer lequel d'entre eux a vraiment causé le dommage dont souffre les demandeurs⁸². La Cour supérieure refuse toutefois d'appliquer cet article, jugeant qu'on ignorait si l'action des défenderesses était «susceptible d'avoir causé le dommage», car il s'agissait d'une «situation où les agents causals potentiels sont non seulement impossibles à identifier, mais innombrables et d'une force extrêmement variable»⁸³. La Cour explique à cet effet que l'agent allégué du dommage – l'herbe à poux – pouvait provenir à la fois des terrains de la ville de Montréal et de ceux d'autres municipalités non parties à la procédure⁸⁴. L'existence de sources externes au litige mena donc à l'exclusion du mécanisme de l'article 1480 C.c.Q..

Il faut noter que «susceptible d'avoir causé le dommage» réfère également à la possibilité théorique d'un rôle causal, mais ne nécessite pas la preuve que l'agent a effectivement causé le préjudice dans les faits⁸⁵, car c'est bien là la difficulté que l'article cherche à résoudre. Les mots «susceptible d'avoir causé» nous ramènent donc entre autres aux problèmes de détermination de la causalité générale évoqués plus haut. Toute incertitude dans l'établissement d'un lien entre un agent toxique émanant de plusieurs défendeurs par exemple et un préjudice à la santé fera donc obstacle à l'application de l'article 1480 C.c.Q. en raison de ces termes.

Notons en passant que la common law adoptait par le passé une solution semblable à celle proposée par l'article 1480 C.c.Q.; cet article est en fait inspiré d'une décision de la Colombie-Britannique, *Cook v.*

⁸² *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.S.), préc., note 72, par. 280-284.

⁸³ *Id.*, par. 285 [notre traduction].

⁸⁴ La Cour d'appel ne revient pas sur ce point. Nous n'avons répertorié aucun autre jugement pertinent en matière de responsabilité environnementale, sauf un dans lequel on dit l'article 1480 C.c.Q. inapplicable car il n'y avait pas d'empêchement de prouver la causalité: *Penaranda c. Dima*, 2011 QCCA 1948, par. 64 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, C.S.C., 2012-05-03, 34591).

⁸⁵ Comme semble l'exiger la Cour supérieure dans cette affaire: *Nadon c. Montréal (Ville de)* (C.S.), préc., note 72, par. 298.

*Lewis*⁸⁶. Depuis 2012 cependant, elle retient une solution différente, mais toujours favorable aux demandeurs dans ces situations de défendeurs indéterminés, en acceptant une preuve de la causalité fondée sur la contribution appréciable au risque⁸⁷. L'incertitude scientifique causale peut là aussi faire obstacle au recours à cette solution. En effet, en présence d'incertitude, la preuve d'une contribution appréciable au risque est souvent impossible en raison des problèmes de preuve de la causalité générale déjà invoqués⁸⁸.

Conclusion

L'incertitude probatoire marque fréquemment la rencontre du droit de la preuve et de la responsabilité environnementale. Bien que la Cour suprême du Canada ait pavé le chemin pour une reconnaissance du préjudice écologique, la jurisprudence canadienne ne se prononce pas réellement à ce jour sur les méthodes de preuve et de calcul de ce type de préjudice. Mais c'est véritablement la causalité qui illustre de la façon la plus criante les enjeux probatoires rencontrés en matière de responsabilité environnementale. La démonstration de la causalité dite générale peut souffrir du manque d'informations scientifiques concluantes quant aux liens entre les émanations ou substances concernées et les maladies dont sont victimes les demandeurs. En raison de la multiplicité des facteurs causaux impliqués dans certaines de ces maladies, dont notamment le cancer, la preuve directe ou par présomptions de fait de la causalité dite spécifique est également un défi. Vu que le domaine environnemental fait l'objet de législation et règlements, la présomption établie dans *Morin c. Blais* est d'utilité théorique certaine, mais elle est tributaire de la survenance immédiate du préjudice à la suite de la contravention réglementaire. Le dommage latent ou se manifestant graduellement, si fréquent en cas de dérogation aux règles du droit de l'environnement, exclut l'action de cette présomption. Enfin, le droit québécois aborde facilement les problèmes de « défendeurs indéterminés ». Ceci est vrai toutefois pourvu que les sources plurielles, mais alternatives, de l'agent dommageable émanent d'acteurs fautifs et que chacune des fautes en cause ait été « susceptible d'avoir causé le dommage ». Ces éléments sont difficiles à démontrer

⁸⁶ [1951] S.C.R. 830.

⁸⁷ *Clements c. Clements*, préc., note 61.

⁸⁸ Sur ce point, voir H. McLEOD-KILMURRAY et L. COLLINS, préc., note 52, p. 142.



La preuve et le préjudice écologique

quand la causalité générale ou spécifique est incertaine ou qu'il existe des facteurs causals indépendants de l'action des défendeurs poursuivis.

Pourrait-on faciliter la preuve causale par la reformulation des préjudices subis par les victimes d'atteintes à l'environnement en termes de préjudices moraux plutôt que corporels ? Par exemple, les réclamations des victimes devraient-elles être exprimées en termes de risque de préjudice futur – pourvu qu'il ne soit pas hypothétique⁸⁹ – d'anxiété ou même, s'il y a lieu, de dépression⁹⁰ ? C'est d'ailleurs par une telle redéfinition de préjudice que les tribunaux québécois réussissent depuis le début des années 1990 à indemniser les patients victimes de diagnostics fautifs lorsque la condition allait probablement causer le préjudice dont souffre la victime, incluant le décès, même si identifiée et traitée au moment de la faute⁹¹. Bien entendu, le montant des dommages octroyés sur ces bases sera presque systématiquement moindre que ceux potentiellement recouvrables si un lien de causalité pouvait être élucidé entre l'action du défendeur et l'atteinte à la santé. Mais le fardeau probatoire est ainsi de beaucoup diminué. Enfin, certaines poursuites incluent dans les dommages les coûts et inconvénients associés au suivi médical nécessité par l'exposition à l'agent de dommage environnemental malgré le fait que l'assurance maladie universelle couvre en grande partie ce suivi⁹².

Plus radicalement, pourrait-on également envisager que la preuve de la causalité puisse se faire sur la simple constatation que la contravention

⁸⁹ C.c.Q., art. 1611.

⁹⁰ Voir par exemple *Bérubé c. Savard*, préc., note 10, par. 30 : les demandeurs se voient accorder une indemnisation pour réparer le préjudice écologique que leur propriété a subi, mais la Cour refuse d'indemniser le coût des médicaments pris pour soigner leurs dépressions, car aucun rapport médical n'a été produit, et qu'il n'existe aucune preuve prépondérante du lien entre ces dépressions et l'attitude des défendeurs.

⁹¹ *Laferrrière c. Lawson*, préc., note 61, p. 558 et 610-612; *Massinon c. Gys*, [1996] R.J.Q. 2258, 2273 (C.S.); *Wolkove c. Harewood-Greene*, [2000] R.R.A. 864, par. 68 (C.A.), [2000] J.Q. No. 4500 (LN/QL); *Tessier-Biron c. Verrier*, [2004] R.L. 127 (C.S.), [2004] J.Q. No. 1775, par. 45-47 (LN/QL); *Farrese c. Fichman*, J.E. 2005-914, par. 236 et 240 (C.S.), [2005] R.R.A. 588 (rés.), [2005] J.Q. No. 2212 (LN/QL); *Émond c. Benhaim*, 2011 QCCS 4755, par. 163 et 165, [2011] J.Q. No. 12173 (LN/QL) (accordés même s'ils ne furent pas invoqués par la demanderesse), appel accueilli : *St-Germain c. Benhaim*, 2014 QCCA 2207, [2014] J.Q. No. 13772 (LN/QL); *Roy c. Mout*, 2015 QCCA 692, [2015] J.Q. No. 3390, par. 63, 65 et 71 (LN/QL).

⁹² Rapporté par H. McLEOD-KILMURRAY et L. COLLINS, préc., note 52, p. 118, 119 et 181-185.



fautive du défendeur aux règles environnementales a augmenté le risque de préjudice à la santé pour les demandeurs ? Ce type d'analyse, fermement rejeté en droit canadien⁹³ et québécois dans les cas de responsabilité médicale, serait-il considéré plus acceptable lorsque le défendeur est un pollueur, auteur d'une contravention à une législation dont le but essentiel est de protéger l'environnement et la santé de la population ? Il nous semble que des enjeux sociétaux différents de ceux concernés en matière médicale pourraient amener les tribunaux à considérer sérieusement cette avenue en matière environnementale. Ceci est d'autant plus vrai au Québec où est reconnue la responsabilité sans faute pour trouble de voisinage à laquelle il risque d'être systématiquement fait échec si on n'aborde pas sérieusement les problèmes de preuve de la causalité.

⁹³ Sauf en common law depuis l'affaire *Clements c. Clements*, préc., note 61, pour gérer les cas de défendeurs indéterminés et dans les cas où le défendeur tente de réfuter l'existence d'un lien causal en invoquant la négligence hypothétique d'un tiers pouvant avoir causé le préjudice.

Aspects probatoires de la responsabilité sociale des entreprises

Géraldine Goffaux Callebaut*

I. Attester de ses engagements dans un environnement économique et financier	103
A. L'attestation par un organisme tiers	103
1. La normalisation	103
2. L'attribution d'un label ou d'une notation	106
B. Le <i>reporting</i> extra financier par la société	107
1. Le contenu du <i>reporting</i> extra-financier	108
2. L'effectivité du <i>reporting</i> extra-financier.....	109
II. Prouver un manquement dans un environnement contentieux.....	111
A. La preuve en matière civile.....	112
1. <i>De lege lata</i>	112
2. <i>De lege ferenda</i>	114
B. La preuve en matière pénale	117
1. Le droit pénal de la consommation.....	117
2. Le droit pénal financier.....	119

* Professeur à l'Université d'Orléans, membre du CRJ Pothier, chercheur collaborateur au Regroupement Droit, Changements et Globalisations.



La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est l'une des déclinaisons de la notion de développement durable pour les entreprises¹. Elle reprend les trois piliers du développement durable : l'environnement, l'économie et le social. À l'origine, la RSE est un concept que les entreprises se sont approprié pour communiquer positivement sur leurs actions à l'égard des salariés, de l'environnement, des parties prenantes, ou encore des droits de l'homme. Aujourd'hui, ce phénomène se veut une « contribution des entreprises aux enjeux du développement durable »². La Commission européenne³ a défini la RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (salariés, consommateurs, voisins, ...). Ainsi, si l'entreprise a bien pour but de faire des bénéfices, elle intègre désormais d'autres préoccupations dans sa stratégie. Depuis plus de dix ans, on assiste au développement mondial de ce phénomène et ce quelle que soit la taille de l'entreprise. En pratique, les principes RSE sont déclinés de différentes manières, par des déclarations d'intention, des codes d'éthique ou des chartes, par la mise en avant de labels ou de normes.

Devant ce foisonnement de déclarations, les parties prenantes cherchent parfois à déterminer la portée des engagements des entreprises. C'est alors, de façon classique, la normativité de ces engagements qui est

¹ Voir François-Guy TRÉBULLE et Odile UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2011 ; Véronique MAGNIER et Laurent FONBAUSTIER (dir.), *Développement durable et entreprise*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2013 ; Catherine MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, coll. « Droit des affaires », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2014.

² Émilie ERNST et Yolande HONORÉ-ROUGÉ, « La responsabilité sociétale des entreprises : une démarche déjà répandue », *INSEE Première* 2012.1421.

³ COMMISSION EUROPÉENNE, *La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, COM(2002) 347 final (2 juillet 2002). Voir aussi COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final (25 octobre 2011), p. 4. Voir également la *Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, [2014] J.O. L 330/1. Voir Catherine MALECKI, « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *B.J.S.* 2014.732.

appelée à la cause⁴. Mais la preuve peut être un autre moyen d'interroger la tangibilité des engagements sociaux et environnementaux des entreprises. Au-delà, ce prisme de la preuve permet aussi de mettre en lumière la mutation des sources en droit des affaires, par le passage de la *hard law* à la *soft law*⁵. Il permet également de revenir sur certaines spécificités de la preuve en matière commerciale, à savoir le principe général de liberté de la preuve et, de façon plus particulière, la possibilité d'utiliser sa propre comptabilité à titre de preuve⁶.

Dès lors, dans quel cadre est-on amené à soulever la question de la preuve ? Que faut-il prouver ? Qui a la charge de la preuve ? Quel est le contenu de la preuve ? Dans le cadre de la mutation de la RSE, entre démarche volontaire et effet contraignant, la preuve joue-t-elle un rôle de juridicisation de la RSE ? Cet angle d'analyse permet-il de démontrer ou de renforcer la juridicité de la RSE ?

Si classiquement, le juriste envisage la preuve en tant que moyen permettant de trancher les litiges, on peut aussi envisager la preuve dans une acception plus large, comme le moyen de démontrer un fait, comme « ce qui sert à établir qu'une chose est vraie »⁷. Ce prisme de la preuve apparaît alors comme un nouveau moyen d'asseoir la RSE comme un phénomène juridique, et non plus seulement une démarche marketing. La RSE passant essentiellement par la diffusion d'informations, et donc par la transparence, le droit comprend des outils pour appréhender le phénomène et la question de la preuve se conçoit naturellement. Cette approche permet de mettre en lumière l'évolution de la RSE. Dans un premier temps, dans le cadre d'une démarche volontaire, différents mécanismes de *soft law* permettent aux entreprises d'attester de leurs engagements

⁴ Voir notamment les actes du colloque « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises », *Cah. dr. entr.* 2014.4.

⁵ Sur ce phénomène, voir notamment *Le droit souple*, Journées nationales : Boulogne-sur-mer, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009 ; voir spécialement Mustapha MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *id.*, p. 1.

⁶ Art. L. 123-23 C. com. Voir COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_ccassation_2012.pdf, p. 240.

⁷ Paul ROBERT, Josette REY-DEBOVE, Henri COTTEZ, Alain REY, Laurent CATACH et BUREAU MARCEL VAN DIJK, *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, v^o preuve.

RSE dans un environnement économique et financier (I). Dans un second temps, dans un cadre contraignant, les mécanismes de *hard law* permettent aux tiers de prouver, et donc de faire respecter ces engagements RSE pris par les entreprises ou de sanctionner le non-respect de ces engagements (II).

I. Attester de ses engagements dans un environnement économique et financier

Dans un premier temps, les entreprises cherchent à attester de leurs engagements RSE à l'égard du public (clients et futurs clients, investisseurs potentiels, associés,...). Cette démarche, plus ou moins volontaire, s'inscrit dans un environnement économique et financier. Il s'agit de démontrer, le plus objectivement possible – c'est en tout cas l'objectif – que l'entreprise est citoyenne. Pour ce faire, l'entreprise peut faire appel à un organisme tiers (A) ou utiliser les règles de *reporting* extra-financier (B).

A. L'attestation par un organisme tiers

L'attestation de la réalité des engagements RSE par un organisme tiers peut prendre essentiellement deux formes : la normalisation (1) et l'attribution d'un label ou d'une notation (2).

1. La normalisation

Depuis les années 1940, les normes techniques ont pénétré la société et la sphère juridique⁸. La normalisation « a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services, qui se posent de façon répétée dans des relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux »⁹. À ce titre, en 1996 a été créée la

⁸ Magali LANNORD FARINELLI, « La norme technique : une source de droit légitime ? », RFDA 2005.738.

⁹ Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, JORF 1 févr. 1984, p. 490, art. 1. V. également Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, JORF 17 juin 2009, p. 9860, art. 1 qui dispose que « La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes

norme ISO 14001, norme de management environnemental, qui permet aux entreprises d'obtenir une certification de leurs démarches soucieuses de l'environnement. La certification étant définie comme une procédure de vérification de conformité d'un produit ou d'un service à certaines caractéristiques prédéfinies¹⁰, elle permet donc d'attester les résultats en la matière et d'instaurer la confiance.

Par ailleurs, en 2010¹¹, l'*International Standard Organization* (ISO) a établi, par un processus coopératif inédit entre toutes les parties intéressées¹², la norme ISO 26000 Responsabilité sociétale. Selon l'AFNOR¹³, cette norme ISO 26000 décrit deux pratiques fondamentales de la RSE que sont l'identification des impacts des décisions et activités de l'organisation au regard des questions centrales de l'ISO 26000, et l'identification des parties prenantes et le dialogue avec celles-ci. Parmi les questions centrales de la norme, on trouve la gouvernance, les questions relatives aux consommateurs, la loyauté des pratiques, les droits de l'homme, l'environnement, les conditions de travail ainsi que les communautés et le développement local, ce qui permet d'aller plus loin que les simples pré-occupations environnementales de la norme ISO 14001.

pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable».

- ¹⁰ Jean-Marie PONTIER, «La certification, un outil de la modernité normative», D. 1996.355.
- ¹¹ La norme ISO 26000 a été confirmée en l'état. Un nouvel examen devrait débuter en décembre 2016, à partir d'une enquête de 5 mois sur la mise en œuvre de la norme (AFNOR, «Responsabilité sociétale: la norme ISO 26000 est confirmée en l'état pour une nouvelle période de trois ans», 22 juillet 2014, en ligne : <http://www.afnor.org/liste-des-actualites/actualites/2014/juillet-2014/responsabilite-societale-la-norme-iso-26000-est-confirmee-en-l-etat-pour-une-nouvelle-periode-de-trois-ans>).
- ¹² Avec 436 experts et 195 observateurs, issus de 94 pays membres de l'ISO et 42 organisations internationales. Coline RUWET, «ISO 26000: vers une démocratisation de la procédure ISO ?», dans Michel CAPRON, Florence QUAIREL-LANOIZELÉE et Marie-France TURCOTTE (dir.), *ISO 26 000: une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, coll. «Recherche en Gestion», Paris, Economica, 2011, p. 69.
- ¹³ Association française de normalisation, qui représente la France auprès de l'ISO et du Comité européen de normalisation.

En tant qu'outil volontaire, dépourvu de toute force contraignante, la norme technique est d'application facultative¹⁴. La norme ISO 26000 voit ce caractère facultatif accompagné d'une particularité : l'absence de certification de la norme¹⁵. Dès lors, cette norme peut-elle permettre d'attester la réalité des engagements RSE d'une entreprise ? La réponse semble positive. En effet, le mécanisme de cette norme repose sur la fourniture de recommandations parmi lesquelles l'entreprise choisit celles qu'elle trouve particulièrement appropriées, sans pour autant exclure les autres¹⁶. Le choix des priorités permet donc d'attester des démarches entreprises dans le domaine social et environnemental. En outre, l'AFNOR offre depuis 2013, au soutien de la norme ISO 26000, des documents de référence¹⁷ qui proposent des recommandations méthodologiques et qui permettent « d'objectiver et de démontrer la pertinence des actions mises en œuvre, ainsi que la réalité du dialogue avec les différentes parties prenantes »¹⁸. Cela « répond à la première étape de démonstration de la crédibilité d'une démarche de responsabilité sociétale »¹⁹.

La norme ISO 26000 est également au cœur d'autres processus qui permettent d'attester les engagements RSE des entreprises par la mise en place d'un label ou dans le cadre d'une notation.

¹⁴ M. LANNORD FARINELLI, préc., note 8. Toutefois, ces normes techniques d'application volontaire peuvent constituer un indice pour l'appréciation des responsabilités civiles et pénales (Voir. *Infra* [préciser – s'il s'agit d'un no de page, attendre la version mise en pages]).

¹⁵ Voir notamment Fleur LARONZE, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes RSO », *Droit social* 2013.345.

¹⁶ Philippe ROZEC, « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises », J.C.P. S. 2010.51.1548.

¹⁷ Notamment la norme XP X30-029. Voir AFNOR, « Responsabilité sociétale : 2 nouveaux outils pour définir des priorités d'action et préciser les enjeux de gouvernance », 30 août 2013, en ligne : <http://www.afnor.org/liste-des-actualites/actualites/2013/aout-2013/responsabilite-societale-2-nouveaux-outils-pour-definir-des-priorites-d-action-et-preciser-les-enjeux-de-gouvernance>.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.* Voir « Responsabilité sociétale : outils proposés par l'AFNOR », J.C.P. E. 2013. 37.659.

2. L'attribution d'un label ou d'une notation

La labellisation et la notation participent au renforcement de l'effectivité de la RSE, en ce qu'ils permettent d'attester de la réalité des engagements et des actions des entreprises.

Si la norme ISO 26000 ne permet pas la certification, il est toutefois possible d'obtenir des labels attestant de la réalité des démarches et des engagements des entreprises. Ainsi, AFNOR Certification, comme d'autres sociétés privées²⁰, délivre un *Label Responsabilité sociale* qui atteste des bonnes pratiques dans les entreprises. De façon générale, ces certificateurs procèdent en faisant un audit des pratiques et en évaluant les engagements actuels et futurs de l'entreprise. La labellisation est généralement temporaire, ce qui oblige les entreprises labellisées à maintenir ces engagements, voire à les dépasser. On retrouve cette démarche dans d'autres pays. Ainsi, le Bureau de normalisation du Québec (BNQ) a repris ces éléments dans un guide BNQ 21000²¹.

La labellisation présente un intérêt particulier dans le cadre des fonds pour l'investissement socialement responsable (ISR). Afin d'assurer la lisibilité et la fiabilité des offres ISR, différents labels ont été créés. Ils visent de façon générale à donner des repères aux investisseurs individuels, et de façon spécifique, selon les labels, à « orienter les fonds des salariés dans un sens conforme à leurs intérêts »²² ou à « encourager les banques à proposer une transparence concernant la nature de leurs investissements »²³. Dans toutes les hypothèses, il s'agit bien là d'attester que les valeurs RSE qui fondent l'investissement socialement responsable sont bien respectées par les fonds qui mettent en avant cette démarche. En outre, certains plaident pour la création d'un label public sur l'invest-

²⁰ L'Agence Lucie par exemple.

²¹ BUREAU DE NORMALISATION DU QUÉBEC, *Développement durable. Guide d'application des principes dans la gestion des entreprises et des autres organisations*, 2011, en ligne : http://www.bnq21000.qc.ca/fileadmin/documents/guide/9700-021_dpfr_01.pdf (consulté le 27 novembre 2015).

²² Label CIES, Virginie MERCIER, « Les fonds ISR : un cadre normatif lacunaire », *Bull. Joly Bourse* 2014.9.410.

²³ Label Novethic, *id.* ; Dominique BLANC, « L'efficacité des labels : l'exemple du label ISR Novethic », *Bull. Joly Bourse* 2014.9.427.

tissement socialement responsable, ce qui serait « une étape clé afin de renforcer cette crédibilité »²⁴.

Par ailleurs, la notation non financière permet de mesurer les engagements RSE des entreprises. Elle connaît un développement important depuis quelques années²⁵. Pour autant, elle encourt certaines critiques²⁶. D'abord, la notation a un coût important, ce qui exclut qu'elle soit utilisée par des parties prenantes qui lui préféreront les labels. En outre, elle repose sur les documents fournis par les entreprises et les critères utilisés par les agences de notation ne font pas l'objet d'une méthodologie particulièrement transparente. De plus, les agences ne sont pas véritablement indépendantes puisqu'elles sont rémunérées par les entreprises elles-mêmes. Enfin, en l'absence de textes spéciaux, la responsabilité de ces agences repose sur le droit commun, avec le risque de complication dans la mise en œuvre de leur responsabilité le cas échéant²⁷.

Ainsi, si les moyens de faire attester des démarches RSE par un tiers sont divers, la crédibilité de ces différentes preuves est relative. Le *reporting* extra-financier permet également aux entreprises d'attester des engagements pris en matière de responsabilité sociétale.

B. Le reporting extra-financier par la société

Le *reporting* extra-financier²⁸ est désormais une obligation pour certaines sociétés, mais reste une démarche volontaire pour d'autres. De façon générale, se posent la question du contenu des informations objets du *reporting* (1) et celle de l'effectivité de ce *reporting* (2).

²⁴ Grégoire COUSTÉ, « Le label porté par les pouvoirs publics donnerait un nouveau gage de crédibilité à l'ISR », *Bull. Joly Bourse* 2014.430.

²⁵ Certaines agences de notation se sont installées sur ce créneau non financier. Par exemple en France : Vigeo, Ethifinance et Oekom Research.

²⁶ Voir notamment V. MERCIER, préc., note 22.

²⁷ Thierry GRANIER, « L'absence de responsabilité des agences de notation extra-financières », *Bull. Joly Bourse* 2014.9.448.

²⁸ Voir Benoît PETIT, « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... », *Revue Environnement* 2014.7.17 ; Blandine ROLLAND, « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », *B.J.S.* 2014.287 ; Catherine MALECKI, « L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 », *B.J.S.* 2013.594.

1. Le contenu du reporting extra-financier

Le droit français comprend une obligation de *reporting* en matière sociale et environnementale depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. La loi Grenelle II du 12 juillet 2010 a complété et renforcé le dispositif. Ainsi, dans les sociétés cotées, le rapport de gestion doit comprendre « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités »²⁹. Le même type d'obligation existe également en droit européen. Dans l'optique d'améliorer la transparence sur le plan social et environnemental, une directive du 22 octobre 2014 vise également à renforcer les obligations de *reporting* extra-financier³⁰, en rendant obligatoire la publication des informations relatives à leurs impacts environnementaux, sociaux, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption ainsi qu'en matière de politique de diversité au sein de la gouvernance.

En droit français, un décret du 24 avril 2012³¹ est venu préciser les données à fournir³². Ces précisions doivent permettre aux actionnaires et aux parties prenantes d'avoir une présentation qui permette la comparaison. La recherche de l'objectivité passe également par des « indicateurs-clés de performance de nature non-financière ». Mais le dispositif prévoit que la société a le choix de ces indicateurs, qui doivent avoir « trait à l'activité spécifique de la société », ce qui peut apparaître contradictoire avec l'objectif comparatif cité.

En droit québécois, la loi n'impose pas de *reporting* extra-financier, mais le rapport de gestion des entreprises cotées aborde ces questions sociales et environnementales à travers la question du risque. À titre

²⁹ Art. L. 225-102-1 al. 5 C. com.

³⁰ Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014, préc., note 3. Voir C. MALECKI, préc., note 3 ; B. PETIT, préc., note 28 ; B. ROLLAND, préc., note 28 ; C. MALECKI, préc., note 28 ; Ivan TCHOTOURIAN, « Divulgence extra-financière des sociétés en Europe : Présentation et analyse du projet de la Commission européenne », *RTD eur.* 2014.309.

³¹ Ce décret devrait être modifié d'ici deux ans pour intégrer certains aspects nouveaux de la directive.

³² Bénédicte FRANÇOIS, « Reporting RSE : commentaire du décret n° 2010-557 du 24 avril 2012 », *Rev. sociétés* 2012.607.

d'exemple, le rapport de gestion de la société TransCanada intègre dans la rubrique «risques et gestion des risques» le risque de réputation et l'importance des relations avec les «parties prenantes, telles que les collectivités autochtones, le grand public (...) et les organisations environnementales non gouvernementales»³³. En effet, la société fait le constat que «ces parties prenantes peuvent avoir une influence considérable sur nos activités d'exploitation, l'aménagement de nos infrastructures et notre réputation en général»³⁴. Pour éviter le risque, la société précise que «[ses] quatre valeurs fondamentales, l'intégrité, la collaboration, la responsabilité et l'innovation, sont au cœur de [son] engagement envers les parties prenantes et [la] guident dans [ses] interactions avec elles»³⁵. Ce rapport de gestion contient également un rappel du respect des exigences et des responsabilités de la compagnie en matière d'environnement³⁶.

Ainsi, l'attestation des bonnes pratiques RSE par les informations contenues au rapport de gestion peut passer par un document qui est généralement accessible en ligne, sur le site internet de la société. Si la communication à l'égard des associés et des parties prenantes est simple, la question se pose de savoir si elle est effective.

2. L'effectivité du reporting extra-financier

L'effectivité du *reporting* passe d'abord par le périmètre de son application. À ce jour, seules les sociétés cotées et les grandes banques et compagnies d'assurance sont soumises à ce *reporting* non financier. La question de l'application aux sociétés par actions simplifiées et de façon générale aux petites entreprises se pose, puisqu'elles représentent une part importante de l'activité économique. Aussi, des critères de taille pourraient remplacer le critère de la cotation³⁷.

³³ TRANSCANADA, *Rapport de gestion 2014*, en ligne : http://www.transcanada.com/docs/Investor_Centre/2014_TCC_MDA_Fr.pdf (consulté le 1^{er} décembre 2015), p. 107.

³⁴ *Id.*, p. 107.

³⁵ *Id.*, p. 107.

³⁶ *Id.*, p. 109 et suiv.

³⁷ Voir les recommandations de la Plateforme RSE : Rachida BOUGHRIET, «Reporting sociétal : premières recommandations de la plateforme RSE», 2 juillet 2014, en ligne : <http://www.actu-environnement.com/ae/news/reporting-societal-recommandations-plateforme-rse-22120.php4> (consulté le 27 novembre 2015).

L'effectivité passe également par la fiabilité des données. Pour ce faire, la loi du 12 juillet 2010 a notamment imposé la vérification par un organisme tiers indépendant (OTI) des informations RSE figurant dans le rapport de gestion, à l'instar du système mis en place pour les données financières. Ainsi, l'OTI doit attester la présence dans le rapport de toutes les informations prévues et rendre un avis motivé sur la sincérité des informations et sur les explications relatives à l'absence d'informations selon la méthode du *comply or explain*, ainsi que les diligences mises en œuvre. L'instauration d'un contrôle vise à instaurer (ou restaurer) la confiance des investisseurs et du public dans les informations délivrées par les entreprises³⁸. Toutefois, on a pu stigmatiser la faiblesse de la vérification indépendante des données³⁹, qui est pourtant essentielle compte tenu des enjeux financiers de ce *reporting* extra-financier. C'est pourquoi les commissaires aux comptes (CAC) ont fait homologuer une nouvelle norme « Prestations relatives aux informations sociales et environnementales » entrant dans le cadre des diligences directement liées à la mission de ces CAC⁴⁰. L'intérêt de cette norme est de définir les conditions dans lesquelles le commissaire aux comptes peut réaliser la prestation demandée, les travaux qu'il met en œuvre et la forme du document relatant le résultat de ses travaux, ce qui vise à renforcer la fiabilité de ce *reporting*.

Enfin, l'effectivité du mécanisme mis en place doit être mesurée. À cette fin, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a publié le 5 novembre 2013 un rapport⁴¹. Celui-ci permet de conclure que les sociétés françaises ont amélioré la structuration de l'information et que les efforts accomplis [...] en matière de RSE ont été considérables⁴². Mais il remarque aussi que « les sociétés ont encore besoin d'adopter une approche « pragmatique » leur permettant d'identifier et de hiérarchiser les informations à

³⁸ Voir l'Arrêté du 13 mai 2013 déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission, J.O. 14 juin 2013, p. 9861.

³⁹ B. ROLLAND, préc., note 28, n° 21 et suiv.

⁴⁰ Norme NEP, homologuée par un arrêté du 27 décembre 2013.

⁴¹ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale*, 5 novembre 2013, en ligne : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Doctrine/Doctrine-list/Doctrine.html?category=I+-+Emetteurs+et+information+financiere&docVersion=1.0&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F1ed99d6a-2bb5-4d11-bfff-785de65c23a2> (consulté le 1^{er} décembre 2015); Catherine MALECKI, « Des chiffres et des lettres... de noblesse du *reporting* non financier », B.J.S. 2013.780.

⁴² AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, préc., note 41, p. 5.

intégrer dans leur stratégie»⁴³. En outre, «la grande hétérogénéité des indicateurs utilisés par les différentes sociétés pour une même thématique rend [...] difficile la comparaison des indicateurs d'une société à l'autre»⁴⁴. De plus, «les méthodes de calcul pour un même indicateur restent relativement variables d'une société à l'autre, même si les sociétés sont de plus en plus nombreuses à présenter des éléments précis sur la méthodologie utilisée»⁴⁵. Enfin, s'agissant de la pratique du *comply or explain* autorisée par le décret, l'AMF recommande que «les sociétés intègrent dans leur document de référence un tableau de synthèse des informations qu'elles ne publient pas, en distinguant celles qui ne peuvent pas être produites de celles qui ne lui paraissent pas pertinentes ainsi que les explications circonstanciées y afférentes»⁴⁶.

Il reste que la RSE repose encore en grande partie sur une démarche volontaire. Les textes ne prévoient pas de sanction spéciale en cas d'inexactitude des informations extra-financières, mais la sanction existe en pratique : c'est l'atteinte à la réputation, qui peut entraîner des ruptures de relations contractuelles, un retrait de certains actionnaires ou le boycott des produits par les consommateurs⁴⁷. Ce risque de réputation est considéré comme important par les entreprises. En outre, la publicité d'informations, qu'elles soient exactes ou trompeuses, n'est pas sans conséquence. Mais on passe alors de la démarche volontaire visant à informer les parties prenantes à une vision contentieuse permettant la mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise.

II. Prouver un manquement dans un environnement contentieux

Dans un second temps, il s'agit pour les victimes de prouver, dans un environnement contentieux, le manquement aux engagements mis en avant par l'entreprise, et ainsi de faire condamner certaines pratiques ou sanctionner des fautes de l'entreprise. Cette preuve contentieuse peut intervenir aussi bien en matière civile (A) qu'en matière pénale (B).

⁴³ *Id.*, p. 5.

⁴⁴ *Id.*, p. 6.

⁴⁵ *Id.*, p. 6.

⁴⁶ *Id.*, p. 8.

⁴⁷ Guillaume TUSSEAU, «Vers un renversement du credo positiviste ? L'éthique comme paradigme de nouvelles formes de juridicité», *Revue des juristes de Sciences Po* 2011.4.43.

A. La preuve en matière civile

La preuve contentieuse en matière civile est mise en œuvre *de lege lata* selon les modes classiques de la matière (1). Mais *de lege ferenda*, on peut imaginer des aménagements aux règles de la preuve (2).

1. De lege lata

Les engagements RSE peuvent servir de fondement à une condamnation civile⁴⁸. Tel était le cas dans l'affaire Erika⁴⁹, où la Cour de cassation a retenu la responsabilité civile de la compagnie pétrolière en se fondant sur un engagement purement volontaire de sa part pour un préjudice écologique, ce qui soulève une double difficulté de preuve.

S'agissant de la faute, la Cour de cassation a retenu une faute de témérité à l'encontre du pétrolier. En effet, ce dernier disposait d'un pouvoir de contrôle en vertu d'un engagement purement volontaire de sa part par la mise en place d'un *vetting* qui peut être défini comme « l'inspection d'un navire, *a priori* certifié conforme, précaution prise pour déterminer les risques que celui-ci peut présenter pour la compagnie »⁵⁰ et pour renforcer la sécurité des navires. Or, en l'espèce, la société n'avait pas procédé à cette vérification qu'elle s'était pourtant engagée à faire. Elle a ainsi commis une faute en ayant agi « témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement » conformément aux exigences des règles 9 et 11 de l'annexe I de la Convention MARPOL et à la Convention *Civil Liability* (CLC) 69/92. Dans ce cadre, l'objet de la preuve est double : la preuve de l'engagement et la preuve du manquement, qui se font toutes deux par tous moyens.

⁴⁸ Possibilité de développer la norme ISO comme un indice pour l'appréciation de la responsabilité civile. Voir pour d'autres normes M. LANORD FARINELLI, préc., note 8.

⁴⁹ En l'espèce, les questions étaient posées à la fois en matière civile et en matière pénale. Crim. 25 sept. 2012, *Bull. crim.*, n° 198 ; D. 2012.2711, note Philippe DELEBECQUE, pan. 2557, obs. François-Guy TRÉBULLE, point de vue 2673 Laurent NEYRET et chron. 2675 Valérie RAVIT et Olivier SUTTERLIN ; *RTD civ.* 2013.119, obs. Patrice JOURDAIN ; A.J.C.T. 2012.620, obs. Marianne MOLINER-DUBOST ; J.C.P. G. 2012.1243, note Karine LE COUVIOUR ; D.M.F. 2012.742.985, obs. Pierre BONASSIES, Philippe DELEBECQUE, Bernard BOULOC, Francesco BERLINGIERI et Martine RÉMOND-GOULLAUD ; B.D.E.I. 2012.42.14495, note Coralie COURTAINGNE-DESLANDES.

⁵⁰ Arnaud MONTAS et Gildas ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ Pénal* 2012.574.

S'agissant du préjudice⁵¹, les juges ont, dans cette affaire, innové en reconnaissant l'existence d'un préjudice écologique, distinct du préjudice moral des associations de protection de l'environnement, et défini comme l'« atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement » ou plus précisément comme « l'atteinte aux éléments et/ou aux fonctions des écosystèmes, au-delà et indépendamment de leurs répercussions sur les intérêts humains »⁵². La question est alors de savoir comment prouver l'existence et le *quantum* de ce préjudice. Sur le premier point, la doctrine considère que, de façon générale, seule l'expertise environnementale⁵³ peut permettre de rapporter cette preuve. S'agissant du second, lorsqu'une réparation par équivalent s'impose, se pose la délicate question de l'évaluation du dommage. Quel est en effet le « prix de la nature »⁵⁴ ? La question a été réglée depuis longtemps en matière de préjudices corporels. En droit de l'environnement, la doctrine a proposé une nomenclature des préjudices environnementaux⁵⁵ qui doit faciliter l'office du juge.

Au-delà, on peut se demander si, en cas de manquement à des engagements RSE, des actions en responsabilité pourraient être ouvertes sur le fondement de la concurrence déloyale. En effet, s'il est admis que la concurrence est libre, celle-ci doit être loyale. Un juge, saisi par des concurrents, peut ainsi condamner des entreprises qui ne jouent pas le jeu. Tel pourrait *a priori* être le cas pour des manquements à des engagements RSE affichés par une entreprise pour se démarquer de ses concurrents. L'intérêt de ces actions en concurrence déloyale tient à ce que la preuve est facilitée, à la fois pour le préjudice et le lien de causalité. Mais à ce jour, la jurisprudence ne s'est prononcée que sur quatre types de fautes : l'imitation du concurrent, son dénigrement, la désorganisation de son entreprise et le parasitisme. L'annonce d'engagements non tenus ne semble

⁵¹ Sur ce thème, voir l'article de Philippe BRUN.

⁵² Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 15. Voir aussi Valérie RAVIT et Olivier SUTTERLIN, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique "pur" », D. 2012.2675 ; dossier « Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique », *Revue Environnement* 2014.10.17.

⁵³ Corine LEPAGE (dir.), « Rapport sur la gouvernance écologique », *Revue Environnement* 2008.4, dossier spécial ; Laurent NEYRET, « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », D. 2008.2681.

⁵⁴ Laurent NEYRET, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », D. 2012.2673.

⁵⁵ L. NEYRET et G. J. MARTIN (dir.), préc., note 52.

pas se rattacher à l'une de ces catégories de faute sanctionnée par la jurisprudence. Il reste que ce type de faits peut être appréhendé sur le terrain de la responsabilité civile classique mais, dans ce cas, les règles de preuve classiques retrouveront à s'appliquer aussi.

À cet égard, et de façon générale, il faut rappeler qu'à l'égard d'un commerçant, la preuve est libre et peut se faire par tous moyens. Par ailleurs, le Code de commerce autorise le commerçant à utiliser sa propre comptabilité si celle-ci est régulière. On peut alors se demander si cette disposition peut être étendue à d'autres documents obligatoires, dont – pour les sociétés anonymes cotées – le rapport de gestion qui contient notamment des informations non financières. À cet égard, on a pu remarquer que les différences s'estompaient de plus en plus entre *reporting* financier et extra-financier⁵⁶. Si tel était le cas, ce dernier type de *reporting* pourrait être utilisé par l'entreprise elle-même pour justifier certaines de ces allégations. Elle pourrait alors prouver ses diligences pour tenter d'atténuer la sanction en démontrant qu'elle a pris des mesures pour éviter ou atténuer le dommage. Il reste que, dans ces hypothèses, la Cour de cassation rappelle que le juge conserve le pouvoir d'apprécier la régularité et la force probante des documents produits⁵⁷, ce qui pourrait être un frein supplémentaire à cette utilisation.

2. De lege ferenda

Dans le cadre des groupes apparaissent quelques pistes pour faciliter la preuve des engagements RSE. L'affaire Erika a mis en lumière une difficulté particulière tenant à l'identification de la personne responsable de la faute dans le cadre d'un groupe de société. Dans cette espèce, Total SA, tête de groupe, n'avait pas agi directement. C'est une de ses filiales, Total Transport Corporation, qui était en réalité affréteur du navire et qui aurait dû être condamnée. Or l'arrêt de la Cour de cassation confirme bien la condamnation de la société mère aux dommages-intérêts sans caractériser la fictivité de l'écran de la personnalité morale. En effet, ici, « la Cour de cassation laisse supposer que l'écran de la personnalité morale devait être écarté dans la mesure où l'un des cadres de Total SA avait

⁵⁶ Voir I. TCHOTOURIAN, préc., note 30.

⁵⁷ Com. 17 nov. 2009, pourvoi n° 08-20.957.

pour mission de contrôler les affrètements»⁵⁸. Cette question renvoie à celle de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales qui a fait l'objet de propositions de loi.

Cette responsabilité est une question d'actualité en France. Dans un premier temps, dans le cadre de trois propositions de loi enregistrées à la Présidence de l'Assemblée nationale en novembre 2013⁵⁹, il a été proposé, s'agissant des dommages sanitaires, environnementaux et des atteintes aux droits fondamentaux, que soit inséré d'abord dans le Code de commerce un article L. 233-41 aux termes duquel : « I. – Dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, toute entreprise a l'obligation de prévenir les dommages ou les risques avérés de dommages sanitaires ou environnementaux. Cette obligation s'applique aussi aux dommages résultant d'une atteinte aux droits fondamentaux. II. – La responsabilité de l'entreprise, dans les conditions ci-dessus définies, est engagée à moins qu'elle ne prouve qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance et de ses efforts, prévenir le dommage en faisant cesser son risque ou en empêchant sa réalisation compte tenu du pouvoir et des moyens dont elle disposait ». En outre, le projet tendait à faire insérer dans le Code civil un nouvel article 1386-49 selon lequel « est présumée responsable la personne morale, qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et dont elle ne pouvait préalablement ignorer la gravité ».

De façon générale, ces textes vont dans le sens de propositions de réforme proposées dans les rapports Catala et Terré, visant à renforcer ou préciser la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales. Mais ici, les propositions étaient spécialement intéressantes en ce que d'une part, elles se concentraient sur des aspects traditionnellement rattachés à la RSE, et que, d'autre part, elles envisageaient ce renforcement par le

⁵⁸ Philippe DELEBECQUE, « L'arrêt "Erika" : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », D. 2012.2711.

⁵⁹ Nicolas CUZACQ, « Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », R.D.T. 2014.265 ; Yann QUEINNEC, « De l'art et du devoir d'être vigilant », R.L.D.A. 2013.88.

biais de la preuve. En effet, dans les deux articles, il était prévu une présomption simple de responsabilité qui engageait *a priori* la responsabilité de la holding. Il appartenait ensuite à celle-ci d'apporter la preuve de sa non-responsabilité en montrant qu'elle avait fait preuve de vigilance et qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir pour prévenir ou empêcher le dommage. Ce renversement de la charge de la preuve permettait ainsi d'assurer l'efficacité des actions en responsabilité dans des domaines où la preuve de la faute n'est pas toujours aisée à rapporter. Ces propositions n'ont pas été examinées par l'Assemblée nationale mais certains ont soutenu leur faisabilité juridique⁶⁰.

Les projets ont ensuite évolué et l'Assemblée nationale a voté le 31 mars 2015 une proposition de loi prévoyant l'obligation de mise en place d'un plan de vigilance⁶¹. Outre que cette dernière proposition était moins ambitieuse que la première, sa mise en œuvre ne reposait plus sur un mécanisme de présomption : le texte prévoyait que le non-respect des obligations engageait la responsabilité de l'auteur du plan de vigilance dans les conditions classiques de responsabilité et de preuve. Ce texte, s'il avait été adopté, aurait donc une efficacité plus limitée. Mais, le 18 novembre 2015, le Sénat a finalement rejeté la proposition, revenant ainsi au principe de non responsabilité de la société mère sur le fondement de l'autonomie de la personne morale.

Il reste que, sans attendre de modifications de ces dispositions, le manquement aux engagements RSE peut être appréhendé sur le terrain pénal.

⁶⁰ Olivier de Schutter, rapporteur spécial de l'ONU, voir R. BOUGHRIET, préc., note 37. Il était question d'un examen fin janvier 2015 dans le cadre du projet de loi relative à l'activité.

⁶¹ Voir le dossier « Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme », R.L.D.A. 2015.104 ; Catherine MALECKI, « Devoir de vigilance des sociétés pères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », B.J.S. 2015.171 ; Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Rev. int. compliance éthique aff.* 2015.27.35.

B. La preuve en matière pénale

Dans le cadre de l'affaire Erika, la responsabilité, étudiée sous l'angle civil, était également envisagée sous l'angle pénal⁶². Mais au-delà de cette espèce, deux infractions permettent de sanctionner le manquement à des engagements RSE⁶³. La première relève du droit pénal de la consommation (1), la seconde relève du droit pénal financier (2).

1. Le droit pénal de la consommation

Le droit de la consommation condamne la communication d'informations trompeuses. En d'autres lieux, l'affaire Kasky contre Nike avait mis en lumière un cas de responsabilité pour publicité trompeuse en matière de conditions sociales⁶⁴. En l'espèce, le 27 juin 2003, la Cour suprême des Etats-Unis avait reconnu le droit à Marc Kasky de poursuivre Nike en justice sur le fondement de publicité mensongère, tout en laissant le soin aux tribunaux californiens de juger l'affaire. Celle-ci s'était conclue par une transaction imposant davantage de transparence sur les conditions de travail des ouvriers et le versement par Nike d'une somme d'un million et demi de dollars à la *Fair Labor Association*.

En France, depuis la loi du 4 août 2008, le Code de la consommation sanctionne plus largement les pratiques commerciales trompeuses. Ainsi, l'article L. 121-1 qualifie de trompeuse une pratique commerciale « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». C'est sur ce fondement qu'un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 6 octobre 2009, avait condamné la société Monsanto pour avoir présenté un herbicide comme « biodégradable » et laissant « le sol propre » alors qu'il contenait du glyphosate, produit classé dangereux depuis 1991⁶⁵. De façon plus spécifique, l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation répute trompeuses « les pratiques commerciales qui ont pour objet 1° pour un professionnel, de se prétendre signataire

⁶² Voir notamment A. MONTAS et G. ROUSSEL, préc., note 50.

⁶³ Voir Madeleine LOBE LOBAS, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Revue Environnement* 2014.3.19 ; Stéphane DETRAZ, « Regards croisés des codes d'éthique et du droit pénal », *Cah. dr. entr.* 2014.4, dossier 21.

⁶⁴ Voir François-Guy TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Rev. Sociétés* 2004.261.

⁶⁵ Crim. 6 oct. 2009, pourvoi n° 08-87.757

d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ; 2° d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ; 3° d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ». Ce texte est applicable également aux pratiques qui visent les professionnels. Ces dispositions étant rédigés de façon large, les engagements RSE, pris sous la forme de charte, de codes d'éthique ou de grands principes, peuvent constituer une information trompeuse condamnable⁶⁶.

À cette fin de condamnation, plusieurs associations ont déposé le 26 février 2013 au tribunal de Bobigny une plainte contre la société Samsung « afin de faire reconnaître que les engagements éthiques de la marque constituent une publicité de nature à induire les consommateurs français en erreur sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elle commerciale »⁶⁷. Cette plainte reposait sur les manquements de la société à ses propres engagements dans son code d'éthique en matière sociale. Après l'ouverture d'une enquête préliminaire, cette procédure n'a toutefois pas abouti. Dans le même but, une autre plainte a été déposée le 24 avril 2014 contre la société Auchan pour pratique déloyale trompeuse à la suite du drame du Rana Plaza⁶⁸. Bien que le parquet de Lille ait ouvert une enquête préliminaire, là encore, la plainte a été classée sans suite en janvier 2015. Une nouvelle plainte, cette fois avec constitution de partie civile, a été déposée en juin 2015 « afin qu'Auchan fasse respecter les droits fondamentaux des travailleurs au Bangladesh sur toute sa chaîne de production, comme elle se targue de le faire dans ses engagements éthiques »⁶⁹.

⁶⁶ La sanction est de deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende et jusqu'à 50 % des dépenses de publicité ou de la pratique constituant le délit.

⁶⁷ SHERPA, PEUPLES SOLIDAIRES et INDECOSA-CGT, Communiqué de presse, « Exploitation d'enfants et conditions de travail indignes. Samsung accusée de bafouer ses engagements éthiques en Chine », 26 février 2013, en ligne : http://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/newsroom/Communiques_de_presse/DP-Samsung.pdf (consulté le 21 juillet 2015).

⁶⁸ L'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh le 24 avril 2013 a provoqué environ 1 135 morts. L'effondrement de cet immeuble qui abritait plusieurs ateliers de confection œuvrant pour diverses marques internationales de vêtements a entraîné une prise de conscience internationale des problèmes découlant de la consommation rapide et à rabais de vêtements.

⁶⁹ SHERPA, PEUPLES SOLIDAIRES et COLLECTIF ÉTHIQUE SUR L'ÉTIQUETTE, Communiqué de presse, « Rana Plaza 2 ans déjà. Plainte contre Auchan pour pratiques commerciales trompeuses : les associations se constituent partie civile », 8 juin 2015, en ligne :

Si, dans ces deux affaires, les règles de procédure pénale relatives à l'opportunité des poursuites ont empêché que ces plaintes aboutissent, il reste que le fondement choisi par les associations semble tout à fait adéquat pour éviter que les engagements RSE des sociétés ne relèvent du *fair-washing*⁷⁰.

Sur le fondement de ce texte, les agents des services de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, peuvent constater les pratiques trompeuses et exiger la mise à disposition ou la communication de tous les éléments relatifs à cette pratique, y compris lorsque ces éléments sont détenus par un fabricant implanté hors du territoire national. Les procès-verbaux dressés sont transmis au procureur de la République. La loi du 17 mars 2014, qui combine répression pénale et répression administrative⁷¹, a renforcé les pouvoirs de l'Administration pour la recherche des preuves en lui donnant la possibilité d'accomplir des visites et saisies domiciliaires sur le mode de ce qui existe en droit de la concurrence. La loi ajoute également la possibilité pour ces agents de jouer les « clients mystères » et donc de ne déclarer leur identité qu'au moment de la notification à la personne concernée de l'infraction ou du manquement. Ces nouveaux pouvoirs ont clairement pour vocation de faciliter la preuve des infractions en matière de consommation.

2. Le droit pénal financier

En matière financière, l'article L. 465-2 du Code monétaire et financier prévoit un délit d'informations fausses ou trompeuses⁷². Ce délit, conçu initialement pour des informations financières, consiste dans le

http://www.asso-sherpa.org/rana-plaza-2-ans-deja-plainte-contre-auchan-pour-pratiques-commerciales-trompeuses-les-associations-se-constituent-partie-civile#.Va5_CiCaz8.

⁷⁰ Le *fairwashing*, ou « blanchiment éthique », est une technique marketing qui consiste à afficher que l'on respecte des normes éthiques (respect du droit des travailleurs, des droits sociaux...) alors que ce n'est pas le cas. BUREAU DE LA TRADUCTION DU CANADA, *TERMIUM Plus*, Ottawa, Bureau de la traduction, « *fairwashing* », en ligne : http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra&i=&index=alt&__index=alt&codom2nd=&srchtxt=FAIRWASHING.

⁷¹ Stéphane DETRAZ, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », L.P.A. 2014.128.22.

⁷² La sanction prévue est un emprisonnement de deux ans et une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant

fait de répandre ou de tenter de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur. Cette formulation large permet son application pour des informations non financières. Là encore, les pouvoirs d'enquête de l'Autorité des marchés financiers sont importants. Les enquêteurs peuvent, pour la nécessité de l'enquête, se faire communiquer tout document, quel qu'en soit le support et accéder aux locaux à usage professionnel des mis en cause. En outre, depuis la loi du 26 juillet 2013, l'usage d'une identité d'emprunt pour obtenir de prestataires des informations disponibles sur Internet est également prévu, ce qui permet plus facilement l'établissement de la preuve, et donc de sanctionner les informations trompeuses en matière de RSE.

Par ailleurs, un auteur a même considéré que les informations extra-financières contenues dans le rapport de gestion pouvaient tomber sous le coup de l'infraction de pratique trompeuse prévue par le Code de la consommation⁷³.

Il reste toutefois la question de l'opportunité de la voie pénale pour assurer l'effectivité des engagements RSE. Si cette voie n'est pas idéale pour assurer la réparation des préjudices⁷⁴, la spécificité des règles de preuve en la matière permet indirectement de renforcer l'efficacité des engagements pris par la société.

En conclusion, on assiste, de façon lente mais nette, à un glissement de la notion de preuve en matière de RSE. Envisagés initialement dans le cadre d'une démarche volontaire, les engagements RSE mis en avant par les sociétés pour améliorer leur image et développer leur clientèle peuvent désormais être utilisés par les parties prenantes pour obliger ces sociétés à respecter leurs engagements dans un cadre contentieux. Ce glissement de la preuve participe donc bien au renforcement de la juridicité des engagements pris dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises. En droit français, le droit souple ne le reste jamais très longtemps...

du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit.

⁷³ B. PETIT, préc., note 28.

⁷⁴ Voir l'intervention de Philippe Brun, *supra*.

La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés

Julie Biron*

Introduction	123
I. La transposition des engagements volontaires par les outils normatifs traditionnels	126
A. Les engagements volontaires dans le droit de la consommation et les valeurs mobilières.....	127
1. L'information à l'égard des marchés financiers.....	127
2. L'information à l'égard des consommateurs.....	129
B. L'utilisation des engagements volontaires par les tribunaux	130
1. Les recours.....	131
2. Les engagements volontaires comme moyen de défense	136
II. Le développement d'un système parallèle de mise en œuvre des engagements volontaires	138
A. Les investissements socialement responsables et l'influence des investisseurs institutionnels	139
B. Le rôle des consommateurs et des investisseurs de détail	143
Conclusion	146

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.



Introduction

Si l'intérêt pour l'éthique des affaires et la responsabilité sociale des entreprises (RSE) est apparu au début du XX^e siècle¹, cet intérêt a pris de l'importance au milieu des années 70 avec l'arrivée des nouvelles technologies de l'information qui ont permis aux consommateurs et aux investisseurs d'être mieux informés du comportement des dirigeants des sociétés par actions². Parallèlement, pendant cette même période, les sociétés ont décentralisé leurs activités ce qui a confronté les États aux limites de leur capacité à encadrer complètement et unilatéralement les activités internationales de ces dernières³. Ces changements ont poussé les États à accepter une intervention accrue des différents acteurs impliqués qui ont souhaité, pour différentes raisons, exprimer certaines valeurs et se doter de règles de conduite afin d'encadrer leurs activités et créer une plus grande cohésion de leur culture d'entreprise⁴.

Il existe un lien étroit entre les questions de bonne gouvernance et les questions liées à la responsabilité sociale⁵ des entreprises, tel qu'il appert

¹ Voir Archie B. CAROLL, « A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices », dans Andrew CRANE *et al.* (dir.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 19, à la page 19.

² Muel KAPTEIN et Johan WEMPE, *The Balanced Company: A theory of Corporate Integrity*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; Trish KEEPER, « Code of Ethics and Corporate Governance: A Study of New Zealand Listed Company », 20 octobre 2011, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1947113>, p. 2 et 3 (PDF).

³ Filali OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995.3.513.

⁴ Pauline Abadie parle dans ce contexte de coopération régulatrice : Pauline ABADIE, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droit français et américain*, coll. « Droit & économie », Paris, Bruylant, 2013, p. 320. Voir également T. KEEPER, préc., note 2, p. 3.

⁵ Il n'existe pas de définition formelle de ce qu'est la responsabilité sociale des sociétés. Néanmoins, le World Business Council for Sustainable Development décrit la RSE comme étant la contribution de l'entreprise au développement économique durable : WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Corporate Social Responsibility. Meeting Changing Expectations*, en ligne : <http://www.wbcsd.org/pages/edocument/edocumentdetails.aspx?id=82&nosearchcontextkey=true>, p. 3 (PDF). Plusieurs considèrent que la responsabilité sociale des entreprises est une traduction

de la définition de gouvernance de l'Organisation de coopération et de développement économiques :

Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que les moyens de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. Un gouvernement d'entreprise de qualité doit inciter le conseil d'administration et la direction à poursuivre des objectifs conformes aux intérêts de la société et de ses actionnaires et faciliter une surveillance effective des résultats obtenus. L'existence d'un système de gouvernement d'entreprise efficace, au sein de chaque entreprise et dans l'économie considérée dans sa globalité, contribue à assurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. Il en résulte une diminution du coût du capital et un encouragement pour les entreprises à employer plus efficacement leurs ressources, et ce faisant, à alimenter la croissance⁶.

Cette définition qui vise le respect des lois et des règlements, s'intéresse également au rôle et au respect des principes ou des pratiques qui sont adoptés par les entreprises et qui sont amenés à changer dans le temps en fonction du contexte socio-économique dans lequel elles évoluent. Il ressort de cette définition qu'il n'est pas suffisant d'avoir adopté des politiques qui font état des meilleures pratiques en matière de gouvernance. Il faut également que ces politiques soient appliquées par les acteurs impliqués, ce qui requière une culture éthique au sein de la société.

pour les entreprises du concept de développement durable qui implique une prise en compte par les entreprises de données économiques, sociales et environnementales.

⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes de gouvernance d'entreprise de l'OCDE*, 2004, en ligne : <http://www.oecd.org/ft/daf/ae/principesdegouvernementdentreprise/31652074.PDF>, p. 11 et 12 (PDF).

Si l'adoption de codes de conduite et de gouvernance⁷ est devenue chose courante pour les sociétés⁸, les différentes crises que l'on a traversées depuis le début des années 2000 et l'instabilité économique qui en a découlé ont récemment donné ouverture à une nouvelle réflexion sur l'importance d'imposer une plus grande imputabilité aux entreprises tant au niveau financier qu'au niveau social. Bien que l'État soit intervenu sur plusieurs aspects en imposant de nouvelles règles afin de rétablir la confiance du public investisseur, il demeure qu'en matière de développement durable, les sociétés possèdent toujours une certaine latitude qui leur permet de décider de l'étendue des engagements qu'elles souhaitent respecter en adoptant un code de conduite, en adhérant à une norme ISO ou en ratifiant divers protocoles.

L'approche volontaire comporte de nombreux avantages pour les sociétés lorsque l'on considère la complexité des marchés et la diversité des activités. Elle accorde de la flexibilité aux entreprises en leur allouant une certaine liberté dans la façon dont elles intégreront les préoccupations environnementales et sociales dans un contexte où établir des règles d'éthiques ou des normes environnementales peut être une mission délicate. Or, malgré les avantages de cette façon de faire, cela entraîne nécessairement la question de la force obligatoire des engagements pris unilatéralement. En effet, ceux-ci peuvent sembler d'une utilité limitée pour les juristes œuvrant dans le domaine des affaires qui les considèrent souvent comme des gestes de relation publique et non comme une divulgation comportant des obligations réelles et contraignantes.

⁷ On réfère à la notion de «code de conduite et de gouvernance» par différentes expressions, dont notamment par des expressions comme : code de conduite, code d'éthique, code de gouvernance, code des opérations, etc. Indépendamment du titre qui leur est attribué, ce type de document vise habituellement à énoncer les principes éthiques, les valeurs et les pratiques valorisées par une société. En ce sens, les codes de conduite constituent des documents publics affirmant les valeurs des sociétés les ayant adopté qui permettent de rendre ces valeurs plus concrètes pour ses membres et d'influencer l'environnement éthique au sein de l'organisation. Dans le présent texte, nous utiliserons l'expression «codes de conduite» pour identifier un document élaboré à partir de critères subjectifs et volontairement mis en place par une société afin d'exprimer certaines valeurs. Heather E. CANARY et Marianne M. JENNINGS, «Principle and Influence in Code of Ethics: A Centering Resonance Analysis Comparing Pre- and Post- Sarbanes-Oxley Code of Ethics», (2008) 80 *Journal of Business Ethics* 263, 265-266.

⁸ Au Canada, plus de 85 % des sociétés avaient adopté un code de conduite au début des années 2000 : T. KEEPER, préc., note 2, p. 6.

Le présent texte propose de faire le point sur la place des codes de conduite dans le droit québécois (I.). Nous pourrions constater à travers ce parcours qu'au Québec, les outils normatifs traditionnels accordent un rôle essentiellement informatif aux codes de conduite en reconnaissant qu'ils permettent de transmettre de l'information aux investisseurs, aux consommateurs, ainsi qu'aux tribunaux en ce qui a trait à la gestion des risques par l'entreprise et aux valeurs de cette dernière. Ce rôle fondamental, bien qu'actuellement sous-sous-estimé, souhaite faciliter la surveillance par les principaux acteurs du marché qui peuvent, par leurs interventions, inciter les sociétés à respecter les engagements qu'elles ont volontairement choisi d'adopter (II.).

I. La transposition des engagements volontaires par les outils normatifs traditionnels

Fondée sur le respect des lois et des règlements, les codes de conduites englobent ordinairement différents types d'engagements, notamment en matière de gouvernance et d'éthique de l'entreprise, de santé et de sécurité, de protection de l'environnement, de droits de la personne (y compris les droits fondamentaux dans le domaine du travail), de gestion des ressources humaines, de satisfaction de la clientèle, etc. Bien que le contenu des codes de conduite varie d'une société à une autre, on y retrouve certains éléments similaires faisant état de la volonté des sociétés d'aller au-delà des exigences réglementaires imposées par l'État.

En ce sens, les codes peuvent compléter la législation applicable en tenant compte de certaines exigences du marché ou d'un changement de contexte social n'étant pas encore intégré dans les règles édictées par l'État. Considérant que le contenu des engagements volontaires outrepassé dans certains cas les exigences imposées par le législateur, il semble légitime de s'interroger sur le caractère contraignant de ce type d'engagement et sur leur interaction avec le droit traditionnel. En effet, les codes de conduite sont-ils seulement des impératifs de promotion et de marchandisation nécessaires dans le contexte actuel ou ont-ils une utilité normative réelle ? Si la société définit des standards d'éthique, ces derniers peuvent-ils devenir des obligations liant la société ainsi que ses représentants ? Peut-on affirmer que les codes de conduite complètent et ajoutent aux règles applicables ? Le cas échéant, quelle est leur utilité juridique ? Ces questions sont d'actualité dans un contexte où l'on s'interroge de manière générale sur la capacité des sociétés à s'autoréglementer et à gérer sans

intervention étatique des situations ayant potentiellement des conséquences sérieuses pour les parties prenantes.

A. Les engagements volontaires dans le droit de la consommation et les valeurs mobilières

Au Canada, les codes de conduite ne possèdent pas de fondement légal autonome ou de force contraignante en soi. Or, même en l'absence de fondements légaux, ces codes possèdent une certaine pertinence dans différents contextes juridiques⁹ particulièrement en lien avec les règles encadrant la divulgation d'information, que ce soit à l'égard des marchés financiers (1) ou des consommateurs (2).

1. L'information à l'égard des marchés financiers

Le droit québécois soumet les sociétés à une obligation de divulgation d'informations dont l'objectif est de maintenir l'accès égal des investisseurs à une information complète et à jour¹⁰.

Par exemple, en matière de divulgation, le *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*¹¹ et les lignes directrices adoptées par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières indiquent que le conseil d'administration doit gérer les risques, y compris les risques environnementaux. Pour ce faire, ces règles indiquent que le conseil d'administration peut mettre en œuvre des politiques environnementales et adopter un code de conduite et d'éthique. Tel que précisé dans l'avis 51-333¹², dans ce contexte, le terme « politique » doit être

⁹ Eddy WYMEERSCH, « Enforcement of Corporate Governance Code », 1^{er} juin 2005, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 46/2005, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=759364>, p. 6 (PDF).

¹⁰ Stéphane ROUSSEAU, « Étude du recours statutaire en responsabilité civile pour le marché secondaire des valeurs mobilières », (2009) 43 *R.J.T.* 709, 713.

¹¹ Autorité des marchés financiers, en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/58-101/2014-12-31/2014dec31-58-101-vofficielle-fr.pdf>.

¹² AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis 51-333 du personnel des ACVM. Indications en matière d'information environnementale*, 27 octobre 2010, en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2010/2010oct29-51-333-acvm-fr.pdf>.

pris dans son sens large et peut notamment viser des politiques relatives au développement durable, aux relations avec la collectivité, ainsi que des mesures en lien avec l'élimination des matières toxiques ou dangereuses.

De même, en vertu du *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*¹³, les sociétés assujetties ont également l'obligation de déposer un rapport de gestion¹⁴ ainsi qu'une notice annuelle¹⁵ qui donnent de l'information importante sur la société et ses activités. Cette information permet de décrire la société, ses activités, ses perspectives d'avenir, les risques auxquels elle s'expose et les autres facteurs externes qui ont une incidence particulière sur elle. Dans ce contexte, la société peut notamment préciser quels sont les objectifs poursuivis, décrire les politiques sociales ou environnementales qu'elle a mises en œuvre et qui sont fondamentales pour ses activités, comme les politiques régissant ses relations avec l'environnement où les collectivités où elle est présente, les politiques en matière de droits de la personne et les mesures prises pour les mettre en œuvre¹⁶.

De plus, l'Avis 51-333¹⁷ indique que les émetteurs doivent veiller à ce que leur site Web, leurs rapports volontaires et leurs réponses à des sondages ne renferment aucune information fausse ou trompeuse. Ces documents ne doivent pas être obligatoirement déposés auprès des autorités en valeurs mobilières, mais ils pourraient être soumis aux dispositions de la législation sur les valeurs mobilières concernant l'information prospective et la responsabilité civile pour transmission d'informations fausses ou trompeuses sur le marché secondaire.

Partant, à la lumière de ces règles, on peut affirmer que les questions sociales et environnementales font partie intégrante de la réalité des sociétés assujetties à la législation sur les valeurs mobilières et que les poli-

¹³ Autorité des marchés financiers, en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/51-102/2015-06-30/2015juin30-51-102-vofficielle-fr.pdf>.

¹⁴ *Id.*, partie 5 et annexe 51-102A1.

¹⁵ *Id.*, partie 6 et annexe 51-102A2.

¹⁶ *Id.*, annexe 51-102A2, partie 2, art. 5.1(4).

¹⁷ AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, préc., note 12.

tiques volontaires constituent une preuve que la société gère les risques liés aux questions sociales¹⁸.

Toutefois, l'application de ces obligations de divulgation d'information est limitée puisqu'elle vise les sociétés assujetties à la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁹ ce qui exclut les plus petites sociétés. De ce fait, il est légitime de se poser la question de du caractère exhaustif et public de cette information dans un marché essentiellement composé de sociétés qui ne sont pas assujetties à la *Loi sur les valeurs mobilières*. Par ailleurs, même si la divulgation d'information est pertinente pour informer le public sur les risques sociaux se rattachant aux émetteurs, il demeure que ces engagements n'assurent pas de réelle protection aux diverses parties prenantes susceptibles d'entrer en relation juridique avec une société.

2. *L'information à l'égard des consommateurs*

Les codes de conduite sont également encadrés par la *Loi sur la protection du consommateur*²⁰ ainsi que la *Loi sur la concurrence*²¹ qui visent notamment à accorder une forme de protection aux consommateurs en leur assurant une qualité d'information leur permettant de prendre des décisions éclairées tout en garantissant une libre concurrence sur les marchés. La *Loi sur la protection du consommateur*²² indique qu'un commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fautive ou trompeuse à un consommateur²³. Dans ce contexte, la notion de représentation, recevant une interprétation très large, peut couvrir les codes de conduite qui seraient disponibles sur le site internet de la société²⁴. De même, l'article 74.01 (1)(a) de la *Loi sur*

¹⁸ Aaron A. DHIR, « Shadows and Light : Addressing Information Asymmetries Through Enhanced Social Disclosure in Canadian Securities Law », (2009) 47 *Can. Bus. L.J.* 435, 441.

¹⁹ RLRQ, c. V-1.1 (ci-après « *Loi sur les valeurs mobilières* »).

²⁰ RLRQ, c. P-40.1.

²¹ L.R.C. 1985, c. C-34.

²² Préc., note 20.

²³ *Id.*, art. 219.

²⁴ Par ailleurs, la *Loi sur la protection du consommateur* indique à l'article 221 qu'aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit prétendre qu'un bien ou un service répond à une norme déterminée : *id.*, art. 221(c).

*la concurrence*²⁵ indique que le comportement d'une personne qui donne au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux, est susceptible d'examen.

Si ces mesures sont peu (ou pas) appliquées aux informations communiquées dans les codes de conduite, il est erroné de croire que les codes n'ont aucun effet juridique et qu'ils sont uniquement l'expression des aspirations des sociétés à se comporter en bon citoyen par rapport à l'environnement, aux consommateurs, aux travailleurs, au milieu dans lequel elles sont implantées, etc. En effet, même si le droit ne contrôle pas directement le comportement des personnes qui y sont soumises en visant seulement les conséquences de leurs actions²⁶, l'existence d'un cadre légal incite les sociétés à communiquer une information véridique sur leurs choix en matière de RSE. En adoptant des règles et des sanctions applicables aux contrevenants, le législateur envoie un message qui est susceptible d'influencer les choix des acteurs rationnels²⁷ même s'il demeure difficile de prévoir l'effet réel qu'auront les règles. De ce fait, par ses initiatives le législateur permet aux sociétés d'avoir recours aux codes de conduite pour transmettre certaines informations aux acteurs du marché avec qui elles sont appelées à interagir.

Dans ce contexte, afin d'atteindre ses objectifs de coopération régulatrice et de permettre au marché de jouer son rôle de surveillance de ces engagements privés, le législateur offre certains recours aux personnes lésées.

B. L'utilisation des engagements volontaires par les tribunaux

Les engagements RSE des entreprises peuvent être perçus comme une méthode proactive d'élimination d'une conduite potentiellement problématique qui pourrait attirer l'attention du législateur ou la réaction d'un tribunal. Il n'empêche que ces entreprises peuvent être confrontées aux tribunaux, civils ou pénaux. Si aucun texte ne permet spécifiquement

²⁵ Préc., note 21.

²⁶ Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 4.

²⁷ Sur la rationalité des acteurs, voir *id.*, p. 27 et suiv.

de prendre un recours pour non-respect par la société de ses engagements volontaires, différents textes peuvent être utilisés pour fonder un recours (1). Par ailleurs, les engagements volontaires peuvent également être utilisés comme moyen de défense (2).

1. Les recours

Malgré l'absence de recours dans le cas de manquement aux engagements volontaires adoptés par une société en l'absence d'un dommage direct et d'un lien de causalité, certains recours spécifiques existent lorsque les consommateurs ont été floués par une pratique publicitaire fautive ou trompeuse. Notamment, la *Loi sur la concurrence*²⁸ prévoit que le commissaire de la concurrence pourra recommander au procureur général d'entamer une poursuite criminelle en vertu de l'article 52(1), notamment, lorsqu'il a enregistré les plaintes de six citoyens différents et qu'il est convaincu de la perpétration d'une infraction à la Loi²⁹. Pour avoir gain de cause³⁰, le procureur général doit démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il y a une déclaration fautive ou trompeuse, que ce caractère faux ou trompeur est susceptible de jouer un rôle dans le processus d'achat du bien ou du service visé par la déclaration et que l'entreprise responsable de la déclaration avait l'intention de tromper ou qu'elle ne s'est pas préoccupée des conséquences³¹. Par ailleurs, la constatation d'une infraction aux alinéas de l'article 74.01(1), que nous avons mentionné précédemment, peut également donner ouverture à un recours de nature civile ou administrative et aux sanctions prévues à l'article 74.1 de la *Loi sur la concurrence*³².

²⁸ Préc., note 21

²⁹ *Id.*, art. 9 et 10.

³⁰ Les sanctions applicables sont prévues au paragraphe 52(5) de la *Loi sur la concurrence*, *id.*

³¹ Donald S. AFLECK et Wayne K. MCCracken, *Canadian Competition Law*, vol. 1, Toronto, Thomson Carswell, 1992, feuilles mobiles, à jour en juillet 2006, p. 5-8 à 5-15.

³² Préc., note 21.

Tout comme la *Loi sur la concurrence*³³, la *Loi sur la protection du consommateur*³⁴ permet de prendre un recours contractuel³⁵, administratif³⁶ ou pénal³⁷ en cas de contravention à l'article 219 qui indique, tel que nous l'avons vu, qu'un commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur. De même, on peut croire qu'il est actuellement possible de prendre un recours contre une société qui a fait de fausse représentation en présentant qu'elle respecte certaines normes ou encore contre une société qui agit en contravention d'un code de conduite apparaissant sur sa page internet³⁸. Il serait possible dans ce contexte de demander des dommages et intérêts ainsi que des dommages punitifs dans un objectif de prévention pour décourager la répétition de comportements indésirables en accord avec l'article 1621 CCQ et conformément aux objectifs de la *Loi sur la protection du consommateur* qui sont de rétablir l'équilibre dans les relations contractuelles entre commerçants et consommateurs et d'éliminer les pratiques déloyales et trompeuses.

La divulgation d'informations fausses ou trompeuses en lien avec le code de conduite ne devrait pas être traitée différemment sous la *Loi sur les valeurs mobilières*. Tel que nous l'avons invoqué, la législation impose aux sociétés assujetties des obligations en matière de divulgation d'information dont certaines ayant trait aux codes de conduite. Considérant l'importance de la divulgation d'information³⁹, la législation sur les valeurs mobilières prévoit différentes sanctions, que ce soit pour le régime de responsabilité civile ou pénale ou par des mesures administratives, qui

³³ *Id.*

³⁴ Préc., note 20.

³⁵ *Id.*, art. 272.

³⁶ *Id.*, art. 311 et 312.

³⁷ *Id.*, art. 277 et 278.

³⁸ Sur les recours disponibles dans le cas de fausse représentation en matière écologique, voir Louis-Philippe LAMPRON, « L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada : une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique », (2004-05) 35 *R.D.U.S.* 449 (n° 73 et suiv.).

³⁹ Il est trivial d'affirmer que la divulgation d'information est au centre de l'encadrement du marché des valeurs mobilières visant à assurer l'intégrité et l'efficacité du marché : S. ROUSSEAU, préc., note 10, 713.

visent à inciter les différents acteurs agissant sur le marché à se conformer aux règles et ainsi à améliorer la qualité de l'information divulguée⁴⁰.

Ainsi, dans l'éventualité où une société divulgue de l'information fautive ou trompeuse, par exemple dans un document considéré essentiel⁴¹, cela peut donner ouverture à différents recours⁴² à l'encontre de cette dernière et de ses représentants. Pour réussir un recours civil, il est nécessaire qu'un émetteur assujéti⁴³ ait communiqué⁴⁴ de l'information fautive ou trompeuse sur laquelle l'investisseur s'est appuyé pour acquérir ou céder un titre⁴⁵. De ce fait, ce n'est pas tous les porteurs des titres d'un émetteur qui peuvent se prévaloir du recours, mais seulement ceux qui ont transigé sur la base de l'information fautive ou trompeuse qui a été communiquée⁴⁶.

⁴⁰ *Id.*, 714.

⁴¹ L'article 225.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières* définit le document essentiel comme visant « un prospectus, une note d'information relative à une offre publique d'achat ou de rachat et l'avis de modification s'y rapportant, une circulaire des administrateurs et l'avis de modification s'y rapportant, une notice d'offre établie pour le placement de droits, un rapport de gestion, une notice annuelle, une circulaire de sollicitation de procurations, les états financiers annuels et intermédiaires de l'émetteur et tout autre document déterminé par règlement, ainsi qu'une déclaration de changement important, mais, pour cette dernière, uniquement en ce qui concerne l'émetteur ou le gestionnaire de fonds d'investissement et leurs dirigeants » [nos soulignements].

⁴² Administratifs (voir notamment les articles 272.1 ou 265 de la *Loi sur les valeurs mobilières*), pénaux (voir art. 196(5) et 197(5) *Loi sur les valeurs mobilières*) et civils (art. 225.2 et suiv. *Loi sur les valeurs mobilières*). Sur les différents types de recours, voir Stéphane ROUSSEAU et Raymonde CRÊTE, « L'environnement législatif québécois au regard du projet d'adoption d'un régime statutaire de responsabilité civile dans le contexte du marché secondaire des valeurs mobilières », (1999) 59 *R. du B.* 627.

⁴³ L'article 225.2 de la *Loi sur les valeurs mobilières* permet également qu'un recours civil soit entrepris contre un émetteur qui a des liens étroits avec le Québec sans être assujéti à la *Loi sur les valeurs mobilières*.

⁴⁴ Dans ce contexte, le mode de transmission de l'information importe peu : l'information peut notamment se trouver dans un document publié par l'émetteur.

⁴⁵ Lorsqu'un document essentiel (voir note 41) comporte de l'information fautive ou trompeuse, le régime de responsabilité applicable en est alors un de faute présumée : S. ROUSSEAU, préc., note 10, 749.

⁴⁶ *Id.*, 720.

Dans ce contexte, la *Loi sur les valeurs mobilières* précise que l'information fautive ou trompeuse vise toute information de nature à induire en erreur sur un fait important, de même que l'omission pure et simple d'un fait important⁴⁷. La notion de fait important réfère à ce qui est susceptible d'avoir un impact sur le cours ou la valeur des titres. Enfin, l'article 225.12 de la Loi prévoit que le demandeur n'a pas à établir qu'il s'est fié sur l'information contenue dans un document lorsqu'il a acquis ou cédé le titre, il n'a qu'à établir la présence d'une information fautive ou trompeuse.

L'affaire *Red Robin Gourmet Burgers*⁴⁸ nous donne une application de cette notion « d'information fautive ou trompeuse » en lien avec l'adoption d'un code de conduite par une société. Dans cette affaire, les demandeurs avaient entrepris un recours collectif contre la société pour fraude alléguant que cette dernière avait agi en violation de ses obligations sous la Securities Act de 1934. Sans reprendre ici tous les arguments des demandeurs, soulignons que ces derniers invoquaient notamment que l'annonce de l'adoption d'un code de conduite comportant des règles sur le remboursement de dépenses par les employés ainsi que sur l'utilisation personnelle des biens de la société était fautive et trompeuse en ce qu'elle ne précisait pas que certains cadres y contrevenaient de manière importante au moment de l'adoption.

En l'espèce, le juge a rappelé que les sociétés soumises aux règles de la Securities and Exchange Commission ont l'obligation d'afficher un code d'éthique sur leur page internet et que, dans le cas contraire, ces sociétés doivent justifier pourquoi elles ne possèdent pas un tel code. Il en va d'ailleurs de même pour les sociétés cotées au NASDAQ qui ont l'obligation d'adopter un code de conduite. La présence d'une telle obligation fait en sorte que les sociétés, qui ont l'obligation d'adopter un code, possèdent généralement ce type de document qui constitue essentiellement l'expression d'objectifs.

Dans ce contexte, selon la Cour, une société ne commet pas d'infraction à chaque fois qu'elle agit en contravention au code d'éthique qu'elle a adopté. Si certaines violations du code peuvent constituer des manquements aux devoirs fiduciaires des administrateurs ou des dirigeants, elles

⁴⁷ Sur la notion de fait important, *id.*, 722-725 et *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 5.

⁴⁸ *Andropolis v. Red Robin Gourmet Burgers Inc.*, 505 F. Supp. 2d 662, 685-686 (Colo. 2007).

ne peuvent donner ouverture à un recours pour fraude ou transmission d'information fausse ou trompeuse. Ainsi, si on peut croire que certaines circonstances pourraient donner ouverture aux recours prévus la législation sur les valeurs mobilières, ces recours ne sont vraisemblablement pas disponibles dans les cas où un émetteur contrevient aux normes qu'il a adoptées.

Enfin, le non-respect du code de conduite de la société peut également constituer le fondement d'un recours en oppression⁴⁹. Bien que la réussite d'un tel recours demeure tributaire des faits⁵⁰, la Cour suprême a indiqué dans l'affaire BCE⁵¹ que le demandeur (qui peut être un actionnaire ou un ancien actionnaire) doit établir dans tous les cas : (1) qu'il y avait une attente raisonnable⁵² et (2) que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement abusif⁵³. Afin de démontrer qu'il existait une attente raisonnable à ce que les dirigeants et les administrateurs de la société se comportent d'une certaine façon, les demandeurs peuvent s'appuyer sur la présence d'engagements volontaires pris par la société et concrétisée par l'adoption d'un code de conduite le cas échéant. En effet, tel que la Cour suprême le rappelait les déclarations faites par la société au public par différents types de communication peuvent influencer sur les attentes raisonnables⁵⁴.

⁴⁹ Les personnes qui peuvent entreprendre un recours en oppression sont énumérées à l'article 238 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (ci-après « L.c.s.a. »), ainsi qu'à l'article 439 de la loi québécoise sur les sociétés par actions, *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1 (ci-après « L.s.a.Q. »). Les éléments de preuve découlent du texte des articles fondant ce recours, soit l'article 241 de la L.c.s.a. et l'article 450 de la L.s.a.Q.

⁵⁰ *BCE c. Les détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 59. Notamment, le plaignant devra établir qu'il a subi un préjudice direct et non pas un préjudice indirect découlant d'un tort commis envers la société. En effet, dans ce dernier cas, le recours approprié serait une action dérivée au sens des articles 239 L.c.s.a. ou 445 L.s.a.Q. Voir Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, vol. 1 « Les aspects juridiques », Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n° 31-208 et suiv.

⁵¹ *BCE c. Les détenteurs de débetures de 1976*, préc., note 50

⁵² Comme la Cour suprême l'a souligné dans BCE, le concept d'attente raisonnable est objectif et contextuel : *id.*, par. 62.

⁵³ *Id.*, par. 68.

⁵⁴ *Id.*, par. 80.

Les codes de conduite peuvent également être utilisés devant les tribunaux par les représentants de la société qui souhaitent établir qu'ils ont fait preuve de diligence dans le cadre d'un recours entrepris contre eux. C'est sur ce rôle que nous nous attarderons dans la prochaine section.

2. Les engagements volontaires comme moyen de défense

Les coûts entraînés par la négligence des acteurs sociaux, non seulement en terme de sanctions, mais également en termes des réputations et d'impacts économiques ont poussé les entreprises à adopter des codes de conduite afin de rétablir la confiance en promouvant leur intégrité⁵⁵. Au Canada, de nombreuses lois fédérales et provinciales, ainsi que plusieurs règlements, limitent et encadrent l'incidence sociale, environnementale et économique des entreprises. Il est généralement admis qu'il est essentiel que les sociétés soient soumises au droit criminel et pénal ainsi qu'aux règles de responsabilité civile vu l'importance industrielle, commerciale et sociologique de ces dernières.

Dans ce contexte, l'environnement réglementaire et les risques de poursuites civiles ou criminelles justifient également l'adoption d'un code de conduite. En effet, l'adoption de mesures faisant état de la volonté de la société de se conformer aux exigences réglementaires peut s'avérer souhaitable afin d'offrir une protection à la société ainsi qu'à ses dirigeants et administrateurs dans l'éventualité de poursuites⁵⁶. Tel que certaines décisions⁵⁷ en ont fait état, l'adoption d'un code de conduite ou la prise d'engagements volontaires peuvent permettre aux juges d'apprécier le comportement des principaux acteurs et d'établir que la société et ses membres ont agi de manière diligente en prenant les mesures requises afin de prévenir, d'identifier ou de corriger les situations contrevenant à la législation applicable, par exemple en matière environnementale.

⁵⁵ T. KEEPER, préc., note 2, p. 4.

⁵⁶ Raymonde CRÊTE, « L'implantation des codes d'éthique dans le milieu des affaires québécois et canadien. Quelques réflexions sur les pratiques actuelles », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 135, à la page 139.

⁵⁷ Voir par exemple l'affaire *Regina v. Bata Industries Ltd*, [1992] O.J. No. 236 (Ont. Ct. Prov. Div.)(LN/QL) sur la défense de diligence raisonnable et le comportement attendu des membres de la direction d'une société en matière environnementale.

L'affaire *Ontario (Ministry of labour and Ministry of the Environment) c. Sunrise Propane Energy Group Inc.*⁵⁸ nous fournit une bonne illustration de ceci. Dans cette affaire, des accusations avaient été portées en vertu de la loi ontarienne sur l'environnement et celle de la sécurité au travail à la suite d'une série d'explosions dans une usine de Toronto qui avait entraîné l'évacuation de 12 000 résidents et la mort d'un des employés. Les dirigeants, qui avaient soulevé une défense de diligence raisonnable, se sont vus indiquer par la Cour qu'il est nécessaire de démontrer qu'un processus préventif existait pour éviter les dommages et s'assurer d'agir en conformité avec les standards fixés par les autorités, et cela, qu'il ait été possible ou non de prévoir de manière précise de quelle façon ces dommages pouvaient se matérialiser. En l'espèce, cela n'a pas été démontré, ce qui a permis à la Cour de prononcer un verdict de culpabilité des administrateurs et la société.

Dans cette affaire, on peut croire que la mise en place d'une politique aurait facilité la preuve d'un comportement diligent et que, de manière générale, les administrateurs et dirigeants qui font l'objet d'accusation peuvent réduire les pénalités qui leur sont imposées dans l'éventualité où ils peuvent démontrer qu'ils ont tenté de prévenir les comportements reprochés.

Dans le même sens, dans l'affaire *Peoples*⁵⁹ la Cour suprême a indiqué que dans le cadre d'un recours civil contre un administrateur ou un dirigeant ayant manqué à son obligation de diligence, la Cour peut prendre en considération le fait que des règles de régie d'entreprise ont été mises en place dans l'évaluation du comportement reproché. Pour reprendre les termes de la Cour, « cela devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence. » Par ailleurs, au Canada, comme en Nouvelle-Zélande, on peut croire que « [s]entences given to corporate offenders may be reduced or mitigated if a court is convinced that the offending was caused by an employee acting alone, contrary to the practices and culture of the corporation »⁶⁰.

Sans être concrétisé de la même manière qu'aux États-Unis, qui avec l'adoption en 1991 du *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*

⁵⁸ 2013 ONCJ 358.

⁵⁹ *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461.

⁶⁰ T. KEEPER, préc., note 2, p. 12.

a clairement énoncé les effets de la mise en place d'un code de conduite dans le contexte d'une infraction, la place qui est accordée aux codes dans l'évaluation des comportements des acteurs par les tribunaux favorise clairement l'adoption de ce type de mécanisme afin de réduire les risques⁶¹. Soulignons toutefois qu'avec les changements qui ont été adoptés à la suite de l'entrée en vigueur du *Sarbanes-Oxley Act*: « [i]t is no longer the existence of an ethics program but its efficacy that is the justifying factor under the Sentencing Guidelines for organization. »⁶²

De ce fait, l'adoption d'un code de conduite peut servir de mécanisme de défense et jouer un rôle protecteur face aux recours pénal et civil entrepris contre les administrateurs et les dirigeants des sociétés. Or, le fait que les tribunaux recourent à ce type d'instrument d'autodiscipline participe à l'effectivité de ces derniers qui agissent comme standards de diligence dans un domaine d'activités.

II. Le développement d'un système parallèle de mise en œuvre des engagements volontaires

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de l'image projetée ou de la réputation que souhaite maintenir une société, notamment pour faciliter le financement de ses activités ou pour demeurer concurrentiel dans un marché particulièrement compétitif⁶³. Afin de mettre en lumière certaines valeurs ou priorités valorisées par la clientèle cible, de maximiser leurs chances de réussite face à leurs concurrents et de maintenir la confiance des investisseurs, les sociétés sont nombreuses à avoir considéré que l'adoption d'un code est indispensable. En effet, plusieurs sociétés choisissent d'adopter un code de conduite parce qu'elles considèrent que ce geste est susceptible d'accroître la confiance des consommateurs, des créanciers et des investisseurs sur les marchés.

Dans ce contexte, il ne faut pas ignorer les vertus des sanctions que peuvent imposer le marché et ses acteurs. C'est au rôle qu'assument de plus en plus les consommateurs (B) et les investisseurs (A) que nous consacrons la prochaine partie.

⁶¹ H. E. CANARY et M. M. JENNINGS, préc., note 7, 264.

⁶² *Id.*

⁶³ Jean-Baptiste POULLE, *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, Paris, L'Harmattan, 2011, n° 17, p. 20.

A. Les investissements socialement responsables et l'influence des investisseurs institutionnels

Malgré l'importance de la mise en application des engagements pour assurer leur crédibilité et leur efficacité, l'application et le respect des principes énoncés relèvent de la bonne volonté des membres de la société de manière générale, et plus spécifiquement des administrateurs et des dirigeants. Or, même si l'adoption et l'application des codes de conduite ne relèvent pas directement des actionnaires qui n'ont pas le pouvoir de s'immiscer dans la gestion de la société, il demeure que les pressions exercées par certains investisseurs institutionnels peut influencer les décisions où le comportement de la direction des sociétés.

Force est d'admettre qu'historiquement, les actionnaires canadiens ont fait preuve d'une certaine passivité et ne se sont intervenus que parcimonieusement dans la gouvernance des sociétés ouvertes dont ils détenaient les titres⁶⁴. Cette passivité s'expliquait notamment par des motifs économiques, c'est-à-dire par l'apathie rationnelle et le resquillage des actionnaires, par la structure de l'actionnariat canadien, ainsi que par la présence de barrières légales qui limitaient de diverses façons l'exercice des droits des actionnaires. La réalité actuelle est toutefois autre puisque tant au Canada qu'aux États-Unis, cette passivité semble depuis un certain nombre d'années avoir laissé place à une culture plus interventionniste⁶⁵.

⁶⁴ Au Canada, l'activisme actionnarial est visible depuis peu d'années. La première proposition d'actionnaire fut effectuée en 1982, à la suite de certaines modifications à la loi en 1980, par une institution religieuse et portait sur les investissements d'Alcan en Afrique du Sud : Moira HUTCHINSON, *The Promotion of Active Shareholdership for Corporate Social Responsibility in Canada*, novembre 1996, en ligne : <http://www.jantziresearch.com/sites/default/files/SHAREholdership.pdf>, p. 12 (PDF). Sur ce sujet, voir également l'étude de Louise CHAMPOUX-PAILLÉ, *Les propositions d'actionnaires. Un droit des actionnaires et un pilier de saine gouvernance*, 15 janvier 2010, en ligne : <http://www.giref.uqam.ca/pdf/Etude-Louise-C.Paille-Prop.Actionnaires.pdf>, p. 5 (PDF), où elle souligne que de 1982 à 1995, seulement 18 propositions ont été insérées dans les circulaires des sociétés au Canada. Or, si l'on compare cette situation à celle observée chez nos voisins états-uniens, où l'on a pu recenser 701 propositions en 1994, force est de constater que les actionnaires canadiens ont fait piètre figure.

⁶⁵ L'activisme actionnarial tente d'agir sur la direction des sociétés par le biais des droits rattachés aux actions détenues, dont le droit de vote, ou encore par le biais de

Ce changement d'attitude s'est exprimé de différentes façons dont, notamment, par la création de fonds d'investissement responsable⁶⁶, par le développement de politiques en matière d'investissement socialement responsable, par la création d'indices socialement responsable ainsi que par un activisme accru auprès des dirigeants des sociétés afin de les inciter à prendre davantage en considération les attentes des parties prenantes. De ce fait, si la notion d'investissement socialement responsable existe depuis près de cent ans, cette dernière a pris un nouvel essor avec l'adoption d'une approche visant la performance financière et le nouvel intérêt des actionnaires institutionnels pour ces questions⁶⁷.

L'importance de ce nouvel engouement mérite toutefois d'être nuancée. En effet, bien que l'influence qu'exercent les investisseurs institutionnels soit difficile à mesurer, le professeur Benjamin J. Richardson estime que 2 à 3 % des investissements canadiens sont réellement effectués dans le cadre d'un processus d'investissement socialement responsable⁶⁸. Malgré cela, nous croyons que la surveillance effectuée par les investisseurs institutionnels ne doit pas être sous-estimée considérant le fait que plusieurs d'entre eux interviennent auprès de la direction des sociétés de manière discrète afin d'obtenir les changements souhaités.

discussions avec les représentants de la société afin de maximiser l'intérêt à long terme de la société.

⁶⁶ L'investissement socialement responsable consiste à intégrer des critères extrafinanciers représentant le niveau de responsabilité sociale des entreprises dans le processus décisionnel déterminant le choix des investissements afin de construire un système économique plus durable : Diane-Laure ARJALIÈS, « Qu'est-ce que l'investissement socialement responsable ? », *Revue du Financier* 2012.193.7 [en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1926928>].

⁶⁷ *Id.* Voir aussi Diana-Laure ARJALIÈS, « Le mouvement de l'investissement socialement responsable : une mise en perspective historique », dans Nicolas MOTTIS (dir.), *ISR et Finance Responsable*, Paris, Ellipses, 2014, p. 11 [en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2419576>]; en prenant en considération des facteurs tels que l'environnement, la société et la gouvernance en plus de critères financiers classiques, les investisseurs responsables souhaitent identifier des mécanismes de création de valeurs à long terme. Dans ce contexte, le rôle des agences de notations, qui ont développé des critères d'évaluation non financiers pour répondre aux besoins des actionnaires institutionnels, est important.

⁶⁸ Benjamin J. RICHARDSON, « Are Social Investors Influential ? », (2012) 9-2 *European Company Law* 133, 134.

En effet, généralement, les interventions des investisseurs institutionnels prennent la forme de dialogue informel avec les membres de la direction de sociétés, ce qui rend cette forme d'activisme difficile à recenser⁶⁹. Si les interventions discrètes sont généralement privilégiées, l'activisme social peut également s'exprimer par le dépôt d'une proposition d'actionnaires⁷⁰, une bataille de procuration et plus rarement par une dénonciation dans les médias afin d'exprimer publiquement une insatisfaction⁷¹. Par ailleurs, les investisseurs institutionnels ont, pour la plupart, adopté des codes de conduite exprimant les principes auxquels ils adhèrent afin

⁶⁹ Ce que certains nomment de la diplomatie discrète ou de la diplomatie furtive constitue également un mode d'expression et d'influence déterminant auquel les investisseurs institutionnels canadiens ont fréquemment recours afin d'obtenir les changements souhaités. À titre d'illustration, la Caisse de dépôt et placement du Québec reconnaît que la responsabilité sociale d'une entreprise doit faire partie de ses critères d'investissement sans toutefois en constituer le seul fondement. Dans ce cadre, l'approche privilégiée par la Caisse en matière d'investissement responsable s'articule autour des volets suivants : l'engagement actionnarial, l'intégration des critères ESG dans le processus d'analyse et de décision des investissements, et, exceptionnellement, l'exclusion de titres spécifiques : CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC, *Politique – Investissement responsable*, en ligne : http://www.lacaisse.com/fr/gouvernance/Documents/politique_investissement_responsable_fr.pdf.

⁷⁰ Depuis 2003, on a pu constater que les investisseurs ayant eu recours au mécanisme des propositions d'actionnaires ont eu tendance à en faire usage essentiellement pour faire connaître leur position relativement à des questions liées aux droits des actionnaires ou à la gouvernance des sociétés, et plus spécifiquement pour des questions liées à la rémunération versée aux dirigeants et aux administrateurs. En comparaison, une étude canadienne indique qu'entre les années 2001 et 2008, les propositions visant des sujets liés aux questions sociales, éthiques et environnementales avaient constitué 15 % de toutes les propositions d'actionnaires soumises : Jun YANG, Eric WANG et Yunbi AN, « An Empirical Analysis of Canadian Shareholder Proposals », 20 juillet 2009, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1510248>, p. 13 (PDF).

Propositions déposées par année et par sujet

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	TOTAL
Questions liées aux droits des actionnaires et à la gouvernance	101	43	58	118	73	32	53	70	73	69	690
Autres sujets	39	28	39	60	25	16	19	9	12	12	259
TOTAL	140	71	97	178	98	48	72	79	85	81	949

⁷¹ Lorsque les négociations privées en arrivent à une impasse, les activistes institutionnels peuvent choisir de dénoncer publiquement une situation (ce que les anglophones nomment du *shaming*) afin d'exercer de la pression sur les dirigeants et d'infléchir leur décision en lien avec certaines modifications souhaitées.

de communiquer leurs préoccupations sociales et environnementales⁷², de standardiser leurs interventions et ainsi de faciliter leurs échanges avec les sociétés faisant partie de leur portefeuille. En outre, la diffusion de ces codes facilite la coordination de leurs interventions avec d'autres investisseurs institutionnels qui partagent leur vision.

Cette coordination des pressions exercées par les investisseurs est également facilitée par la présence d'associations (au Canada, on peut par exemple citer l'exemple de l'Association pour l'investissement responsable⁷³) qui transmettent de l'information au sujet de l'investissement socialement responsable à la communauté financière afin d'assister les investisseurs dans leur évaluation des sociétés.

Dans ces conditions, on peut croire que les investisseurs institutionnels ont le pouvoir d'agir afin d'influencer le comportement des sociétés dans les domaines environnemental et social afin de compenser pour les lacunes juridiques que l'on peut trouver dans la législation étatique applicable⁷⁴. Le risque d'une sanction, pouvant s'exprimer par exemple par le refus d'investir des sommes supplémentaires dans une entreprise ou par le retrait de l'investissement, peut être suffisant pour assurer le respect des engagements volontaires étant donné que ces mesures sont susceptibles d'accroître les coûts de financements pour les sociétés ciblées. De même, l'impact de l'intervention des médias à la demande d'un investisseur institutionnel mécontent sur l'image et la réputation d'une société peuvent également avoir un impact important sur sa capacité d'obtenir un financement externe.

⁷² Toutefois, mentionnons qu'un énoncé de la politique d'un des fonds canadiens les plus importants, l'Ontario Teachers' Pension Plan (OTPP), prévoit que les considérations non financières ne peuvent avoir préséance sur les responsabilités fiduciaires du fonds qui les obligent à rechercher un haut rendement dans le respect d'un niveau de risque acceptable, et cela, malgré que le fonds considère que la prise en compte de ces questions par la société et ses administrateurs participe à la maximisation de la valeur de la société dans le meilleur intérêt de ses actionnaires. Par ailleurs, même si des éléments liés à la responsabilité sociale de l'entreprise guident les investissements qui sont effectués par l'OTPP, celui-ci précise que l'examen de ces critères lors de son choix de placement ne vise pas à se substituer aux obligations des organismes réglementaires et à la législation encadrant les activités de ces sociétés.

⁷³ <http://riacanada.ca/?lang=fr>.

⁷⁴ B. J. RICHARDSON, préc., note 68, 133.

Enfin, dans l'éventualité où les principes énoncés dans le code de conduite s'avèrent inexacts ou trompeurs, les effets sur l'image de la société (et possiblement sur la valeur de ses titres⁷⁵) ou sur la confiance envers ses administrateurs peuvent être très dommageables entraînant possiblement la démission de ces derniers.

Soulignons que le *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance* oblige les sociétés assujetties à indiquer quelles sont les mesures mises en place afin de maintenir de saines pratiques de gouvernance. Si aucune des pratiques énumérées n'est en soit obligatoire, il demeure qu'elles s'appuient sur les forces du marché afin de créer un incitatif à agir dans un sens déterminé. En ce sens les actionnaires ainsi que le marché plus largement ont un rôle que l'on ne peut négliger pour assurer la mise en place des codes de conduite. Ce faisant, les sociétés par actions ont sans doute un intérêt à se ménager des preuves qu'ils sont effectivement de bons citoyens corporatifs, particulièrement face à des actionnaires de plus en plus informés et volontaires.

B. Le rôle des consommateurs et des investisseurs de détail

Idéalement, les sociétés doivent être rentables, contribuer au développement des pays les accueillant et respecter les règles auxquelles elles sont assujetties. Même si l'adoption d'un code de conduite ne découle pas d'une obligation légale, au fil des ans les sociétés ont peu à peu cédé aux pressions les incitant à prendre ce type d'engagement volontaire. En effet, appelées à évoluer dans un environnement hautement compétitif, les entreprises doivent offrir des biens et des services qui satisfont à des exigences diverses qui dépassent les critères de qualité.

⁷⁵ En effet, des études ont démontré que le dévoilement d'un comportement non éthique par une société ouverte est généralement accompagné d'une pénalité statistiquement significative sur le prix de l'action : Deborah L. GUNTHORPE, «A Quantitative Analysis of the Impact of Unethical Behaviour by Publicly Traded Corporations», (1997) 16 *Journal of Business Ethics* 537; Robert D. KLASSEN et Curtis P. McLAUGHLIN, «The Impact of Environmental Management on Firm Performance», (1996) 8 *Management Science* 42; Klaus FISCHER et Nabil KHOURY, «The Impact of Ethical Rating on Canadian Security Performance: Portfolio Management and Corporate Governance Implications», 2007, Université du Québec à Montréal, Faculté de gestion, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=664663>. Même si d'autres études en sont arrivées à des résultats contraires. Voir notamment : John B. GUERARD, «Is There a Cost to Being Socially Responsible in Investing», (1997) 2 *Journal of Investing* 6.

Afin de se différencier et de gagner la confiance des consommateurs et investisseurs particuliers, de plus en plus de sociétés adoptent volontairement des normes ou des règles précisant les standards et comportements d'affaires qu'ils souhaitent promouvoir et voir appliquée par leurs employés. Ces normes standardisées, qui proviennent d'organismes privés ou d'organismes professionnels, peuvent permettre aux sociétés de se différencier dans un marché compétitif, tout en améliorant l'image de la société, notamment en démontrant que cette dernière fait preuve de diligence.

Dans l'objectif de donner plus de crédibilité aux engagements pris, les organismes qui le souhaitent peuvent s'adresser au Bureau de normalisation du Québec (BNQ)⁷⁶ qui possède un programme de certification⁷⁷ des systèmes ISO 14001 accrédité par le Conseil canadien des normes (CCN). Pour obtenir la certification, les organismes concernés doivent démontrer au BNQ qu'ils respectent les exigences de la norme ISO 14001⁷⁸. Ces exigences concernent :

- La planification (aspects environnementaux, objectifs, cibles, programme(s), exigences légales et autres exigences) ;
- La mise en œuvre et le fonctionnement (ressources, rôles, responsabilité et autorité, communication, documentation, etc.) ;
- Le contrôle (surveillance et mesurage, évaluation de la conformité, audit interne, etc.) ;
- La revue de direction⁷⁹.

⁷⁶ «Le Bureau de normalisation du Québec a été créé par le gouvernement du Québec en 1961. Par son décret constitutif, le gouvernement reconnaît le BNQ comme l'organisme central de normalisation, de certification et de diffusion d'information sur les normes et comme le porte-parole du Québec auprès du Conseil canadien des normes (CCN) ou de tout autre organisme de normalisation. Depuis 1990, le BNQ est sous la direction du Centre de recherche industrielle du Québec (CRIQ)» : Paul GARDON, Christian TARDIF et Nathalie DUPONT, «Le Bureau de normalisation du Québec : un partenaire de la normalisation des infrastructures», (2004) 33-2 *Routes & Transports* 14, 14 [en ligne : http://www2.bnq.qc.ca/documents/article_aqtr.pdf].

⁷⁷ Soulignons que la certification peut s'appliquer à des produits ou encore à une organisation.

⁷⁸ BUREAU DE NORMALISATION DU QUÉBEC, «ISO 14001», en ligne : <https://www.bnq.qc.ca/fr/normalisation/environnement/iso-14001.html>.

⁷⁹ *Id.*

Si ces normes visent à favoriser la création d'un lien de confiance en facilitant l'accès à de l'information sur les valeurs d'une société et ainsi à réduire l'asymétrie informationnelle⁸⁰, il semble que, malgré leur intérêt, elles obtiennent une adhésion mitigée au Québec. En effet, seulement 69 entreprises québécoises ont reçu la certification ISO14001 du BNQ et 1767 sociétés sont certifiées sur des programmes divers. Cette situation peut notamment s'expliquer par l'absence d'intérêt ou de compréhension par les consommateurs du sens des certifications accordées ou encore par l'absence de répercussion économique pour les sociétés ayant entrepris ce type de démarche. Ainsi, considérant cette faible participation et le fait que ces normes (ou la certification) visent essentiellement à confirmer qu'une société agit d'une manière donnée sans fixer de règles contraignantes, on ne peut prétendre qu'elles se substituent aux règles étatiques.

Malgré cela, on peut croire que les progrès dans le domaine des communications⁸¹ facilitent la surveillance des activités commerciales et la diffusion de l'information à leur sujet⁸². À titre d'illustration de ceci, on peut notamment penser aux réactions qui ont suivi l'effondrement du Rana Plaza en 2013⁸³ qui ont permis le versement d'une indemnité par

⁸⁰ Diane-Laure ARIALÈS, Samer HOBEIKA, Jean-Pierre PONSARD et Sylvie PORET, « Le rôle de la labellisation dans la construction d'un marché. Le cas de l'ISR en France », *Rev. fr. de gest.* 2013.7.95 [en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2357939>].

⁸¹ Les consommateurs sont de plus en plus nombreux à manifester leur mécontentement sur la page Facebook des sociétés. Ce fût notamment le cas sur la page Facebook de Joe Fresh après l'effondrement du Rana Plaza où des internautes ont notamment écrit : « I am not sure how sincere Joe Fresh is about doing what it should to support fair and ethical work conditions in Bangladesh. This tragedy could, and should have, been avoided. I look at the Joe Fresh commercials on tv [sic] and wonder how much those models are getting paid compared to the workers in places like Bangladesh. I am rethinking where I shop from now on. » Ou encore : « I dont get it. You say you have robust standards, yet this happened. So clearly your standards arent [sic] robust. » Propos rapportés par : Lauren STRAPAGIEL, « Joe Fresh customers want answers after Bangladesh factory collapse », 26 avril 2013, *O Canada*, en ligne : <http://o.canada.com/business/joe-fresh-bangladesh-factory-collapse-2>.

⁸² Enfin, dans les cas les plus graves (mais seulement dans quelques cas exceptionnels et particulièrement lorsqu'une situation problématique est découverte), les médias peuvent encore ici jouer un rôle lorsque les consommateurs les alertent d'une situation problématique.

⁸³ L'effondrement du Rana Plaza à Savar, au Bangladesh, le 24 avril 2013, a provoqué environ 1 135 morts. L'effondrement de cet immeuble qui abritait plusieurs ateliers de confection œuvrant pour diverses marques internationales de vêtements (dont Joe

les distributeurs des marques et les vendeurs au détail ayant fait fabriquer des items à cet endroit aux survivants et aux familles⁸⁴. Par l'entremise de leurs sites Web, les organisations non gouvernementales⁸⁵ attirent maintenant régulièrement l'attention des consommateurs, sur les pratiques commerciales qu'elles jugent problématiques. Ceci peut entraîner des conséquences importantes sur l'image des sociétés faisant l'objet d'une publicité négative et conséquemment amener ces dernières à effectuer certains changements souhaités ou à poser des gestes visant à satisfaire les demandes formulées.

Conclusion

Le droit semble vivre d'importantes transformations qui s'expliquent possiblement par l'évolution rapide des marchés et les impératifs fluctuants exprimés par les différents acteurs qui nécessitent plus de flexibilité et d'adaptabilité. La place qui est désormais laissée aux initiatives individuelles (que l'on pense à l'application du principe « comply or explain », à la place grandissante de l'autoréglementation ou encore à l'adoption de code interne visant l'autodiscipline) constitue possiblement un reflet de cette réalité.

Pour l'état et les acteurs visés, cette place faite aux initiatives individuelles possède certains avantages, dont la souplesse des règles, ainsi que la possibilité de les faire évoluer en prenant en considération le contexte social et économique dans lequel la société mène ses activités. Par ail-

Fresh et Banana Republic) a entraîné une prise de conscience internationale des problèmes découlant de la consommation rapide et à rabais de vêtements.

⁸⁴ Voir CLEAN CLOTHES CAMPAIGN, « WE WON !! Rana Plaza workers get compensation », 8 juin 2015, en ligne : <http://www.cleanclothes.org/news/2015/06/08/we-won-rana-plaza-workers-get-full-compensation> : « Since then over one million consumers from across Europe and around the world have joined actions against many of the major high street companies whose products were being made in one of the five factories housed in the structurally compromised building. These actions forced many brands to finally pay donations and by the second anniversary the Fund was still \$2.4 million dollars short of its \$30million [sic] target. A large donation received by the Fund in the last few days has now led to the Fund meeting its target ».

⁸⁵ On peut penser par exemple à Clean Clothes Campaign (CCC), Maquila Solidarity Network, à Fashiov Takes Actions, ou à Shareholder Association for Research and Education (SHARE) qui ont joué un rôle important après l'effondrement du Rana Plaza.

leurs, l'adoption de codes à l'avantage d'éviter l'application de règles standardisées ne convenant pas nécessairement à toutes les tailles de société. La question demeure toutefois, est-ce que les effets juridiques de ces engagements volontaires leur permettent de jouer un rôle réel ?

Tel que nous l'avons exposé dans le présent texte, même si les codes de conduite ne possèdent pas de fondements légaux et que les mécanismes de surveillance visant à les faire respecter sont inexistantes, il demeure qu'ils jouent un rôle important qui est encouragé par le système normatif traditionnel. Que ce soit par la législation protégeant les consommateurs ou la législation encadrant le domaine des valeurs mobilières, le droit favorise la divulgation d'informations en lien avec les pratiques des sociétés et leur gestion des risques. L'adoption de code de conduite est par ailleurs favorisée par les tribunaux qui en tiennent compte dans l'évaluation du comportement des représentants des sociétés.

Considérant l'importance dans le contexte actuel des forces du marché pour s'assurer de l'application des codes de conduite, la diffusion d'information doit certes être rendue plus accessible et encouragée afin de faciliter l'intervention des acteurs du marché et les inciter à embrasser ce rôle important. En effet, l'intérêt croissant des investisseurs institutionnels pour ces questions et la prise de conscience des consommateurs créent un fort incitatif pour les sociétés à respecter leurs engagements. De ce fait, la surveillance externe constitue un élément qui ne peut être négligé lorsque l'on s'intéresse à la force obligatoire de ces codes et à leur possibilité de compléter les règles étatiques. Conséquemment, il semble important de réfléchir aux mécanismes pouvant consolider ce rôle déjà assumé.

À l'évidence, une perte de confiance du public dans l'autodiscipline risquerait d'accroître le sentiment qu'une intervention étatique plus importante est nécessaire. Or, cela n'irait pas sans coûts et sans inconvénients.



Preuve et santé au travail : l'exemple de l'amiante

Laurent Gamet*

I. La présomption d'imputation.....	152
II. La preuve de la faute inexcusable	154
III. La preuve du préjudice d'anxiété.....	157

* Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, Avocat à la Cour de Paris.



De 400 à 500 fois moins épaisses qu'un cheveu, les fibres d'amiante sont invisibles dans les poussières de l'atmosphère. Inhalées, elles sont susceptibles de se déposer au fond des poumons et de provoquer, de nombreuses années après le début de l'exposition, souvent plus de trente ans après, des maladies respiratoires graves et des cancers dont l'issue peut être fatale.

Dès le début du XX^e siècle, la dangerosité de l'amiante a été soupçonnée. L'asbestose est prise en charge au titre des maladies professionnelles depuis 1945 en France et les premières mesures de protection des travailleurs ont été prises durant les années 1970. Mais il aura fallu attendre 1997 (décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996) pour que l'amiante et les produits en contenant soient interdits en France, tandis que l'Union européenne a interdit le recours à l'amiante dans l'ensemble des États membres à compter du 1^{er} janvier 2005 (directive 1999/77/CEE du 26 juillet 1999).

Longtemps considéré comme un matériau miracle, peu cher, aux qualités exceptionnelles, l'amiante a été utilisé massivement pendant plus de 130 ans. L'extraction et l'utilisation de l'amiante ont entraîné une exposition de milliers de salariés qui assuraient l'exploitation des gisements, la préparation des matières de base, la manipulation et l'installation des différents produits industrialisés. Le nombre d'affections dues à l'amiante ne cesse d'augmenter depuis plusieurs années. En 2004, les affections causées par les poussières d'amiante représentaient ainsi 16 % du nombre total de maladies professionnelles déclarées. Les maladies professionnelles dites amiante ont représenté 46 % des dépenses entre 2000 et 2004. Compte tenu du temps de latence des cancers consécutifs à une exposition à l'amiante, il faut prévoir en France, selon l'Institut de Veille Sanitaire (InVS), entre 50 000 et 100 000 décès dus à l'amiante durant les vingt prochaines années.

Les actions en réparation des salariés victimes d'une exposition à l'amiante donnent à comprendre le régime français de réparation des risques professionnels, et notamment les règles probatoires de ce régime. Avec la loi du 9 avril 1898, le législateur français a fait le choix d'une responsabilité patronale sans faute et forfaitaire. La loi du 9 avril 1898 a substitué à la notion de faute, fondement de la responsabilité de droit commun, une responsabilité sans faute, sur le fondement du risque créé par l'entreprise vis-à-vis de ses salariés. L'idée est simple : l'employeur qui tire profit d'une activité, doit en supporter les risques et indemniser les dommages qu'elle entraîne. Ainsi, sous le prisme des règles probatoires, le législateur



de 1898 a instauré une présomption d'imputabilité. Le salarié victime n'a pas à démontrer la faute de son employeur pour être indemnisé. Cette présomption est mise en œuvre concernant l'amiante (I.). En contrepartie d'une responsabilité de plein droit, la loi de 1898 a organisé l'immunité civile de l'employeur. Le salarié victime d'un accident du travail ne peut engager de recours fondé sur le droit commun de la responsabilité pour tenter d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice, sauf à prouver une faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur. Cette preuve est au cœur de l'important contentieux de la faute inexcusable liée à l'amiante (II.).

Parallèlement, se crée un régime de réparation du risque professionnel qui se rattache au droit commun, en dehors du champ de la sécurité sociale, avec pour fondement l'obligation de sécurité de résultat, ce qui n'est pas sans incidence sur les règles de preuve. La jurisprudence développée au sujet du préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante est riche d'enseignements (III.).

I. La présomption d'imputation

Dans le Code de la sécurité sociale¹, des tableaux indiquent, d'un côté, des affections et, de l'autre, des travaux susceptibles de les provoquer s'ils ont été accomplis durant un certain temps. Si les conditions sont réunies (maladie désignée, réalisation des travaux indiqués durant la période minimum spécifiée), la maladie est présumée d'origine professionnelle (article L. 461-2 du Code de la sécurité sociale). La victime n'a donc pas à prouver le lien entre la maladie dont elle souffre et le travail ; il s'agit alors d'une maladie professionnelle prise en charge suivant le régime propre de réparation des maladies professionnelles.

L'origine professionnelle des pathologies consécutives à l'exposition aux fibres d'amiante a été reconnue par la législation française de sécurité sociale dès 1945 : l'asbestose a été la première de ces affections inscrite aux tableaux des maladies professionnelles indemnifiables (tableau n° 30). Le mésothéliome est venu s'ajouter à la liste des maladies professionnelles liées à l'amiante en janvier 1976. Le cancer broncho-pulmonaire a été inscrit au tableau n° 30 en 1985. L'évolution des connaissances a conduit à remanier à de nombreuses reprises le tableau n° 30.

¹ Art. L. 461-1 et R. 461-3 du Code de la sécurité sociale.



Pour obtenir la reconnaissance d'une maladie professionnelle, la victime doit envoyer à la caisse primaire d'assurance maladie une déclaration de maladie professionnelle accompagnée d'un certificat médical attestant d'une pathologie prévue par les tableaux. La charge de la preuve pesant sur le salarié est ici largement réduite. Il se contente d'apporter la preuve médicale de son affection et d'alléguer son exposition, sans la prouver, la caisse procédant à une enquête pour vérifier ou contredire l'allégation.

Pour les affections non présumées comme maladies professionnelles, c'est-à-dire « hors tableaux » pour reprendre l'expression usuelle, le salarié peut faire reconnaître une maladie professionnelle à condition de prouver le lien entre le travail et la maladie. Ce sont les comités régionaux de reconnaissance de maladies professionnelles qui statuent sur sa demande. Par exemple, a pu être établi un lien entre le cancer du côlon et une exposition à l'amiante. Les reconnaissances par la caisse d'une maladie hors tableaux résultant de l'exposition à l'amiante demeurent marginales. Cependant les connaissances médicales évoluent et des liens entre pathologie et exposition à l'amiante sont au fin du temps établis par la science, avancées scientifiques que prennent en compte les caisses.

La présomption d'imputabilité dont bénéficie l'assuré social en vertu de l'article L. 461-2 du Code de la sécurité sociale n'a pas un caractère irréfragable. L'employeur ou la caisse peuvent combattre la présomption en démontrant que la maladie est due à une cause étrangère au travail ou à l'évolution d'un état pathologique préexistant. Il est d'ailleurs rare qu'une seule cause soit à l'origine de la maladie ; dans la plupart des cas, on parle de facteurs de risques qui concourent à l'apparition de la maladie. La cause du développement de certaines maladies comme le mésothéliome (« la » maladie de l'amiante : 90 % des cas sont liés à l'inhalation de fibres d'amiante) ne fait pas débat. En revanche, pour le cancer broncho-pulmonaire, le lien avec plusieurs facteurs exogènes au travail a été établi (tabac, pollution atmosphérique, etc.). Il n'est pas contesté que l'amiante soit une cause du cancer broncho-pulmonaire, ou que l'exposition à l'amiante augmente le risque de cancer broncho-pulmonaire chez les fumeurs et chez les non-fumeurs. Mais les cancers broncho-pulmonaire dus à l'amiante ne présentent pas de spécificité clinique, radiologique ou histologique et l'effet conjoint de l'amiante et du tabac est proche d'un effet multiplicatif.

Reste que le bénéfice de la présomption n'est pas subordonné au fait que le travail ait été la cause unique et essentielle de sa pathologie². L'incertitude quant à la relation entre le travail du salarié et la pathologie dont il est atteint ne permet pas de renverser la présomption. Celui qui veut renverser la présomption doit apporter la preuve que le travail n'a joué *aucun rôle* dans le développement de la maladie.

Le bénéfice de la présomption d'imputabilité au travail d'une maladie n'est pas subordonné au fait que le travail habituel du salarié ait été la cause unique et essentielle de sa pathologie³. La Cour de cassation, reprenant l'appréciation souveraine de la Cour d'appel de Versailles, a ainsi jugé *« que si la consommation régulière de tabac par la victime, selon les attestations versées aux débats, constitue un facteur aggravant dans l'apparition de la maladie, ce facteur n'apparaît pas en l'espèce, comme la cause exclusive de la maladie dès lors que Monsieur Albert X... a bien été exposé dans le cadre de son activité professionnelle habituelle au risque de l'amiante ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que la commission de recours amiable [...] a rejeté la contestation de la société [...] concernant la reconnaissance du caractère professionnel de l'affection [...] et l'imputabilité du décès à cette maladie »*⁴.

La connaissance de facteurs exogènes au travail ne suffit donc pas à l'employeur pour renverser la présomption d'imputabilité créée par les tableaux de maladies professionnelles. D'une présomption légale simple émerge parfois une présomption irréfragable.

II. La preuve de la faute inexcusable

En contrepartie d'une responsabilité de plein droit, la loi de 1898 a organisé l'immunité civile de l'employeur. Le salarié victime d'un accident du travail ne peut engager de recours fondé sur le droit commun de la responsabilité pour tenter d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice, sauf à prouver une faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur.

Dans un arrêt du 15 juillet 1941, la Cour de cassation avait défini la faute inexcusable comme une faute d'une gravité exceptionnelle, déri-

² Civ. 2^e, 4 févr. 2010, pourvoi n° 09-11.190.

³ *Id.*

⁴ Soc. 13 mars 2014, pourvoi n° 13-11.002.

vant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative. Dans des arrêts du 28 février 2002, elle considère qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait, ou aurait dû, avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

En principe, la faute inexcusable ne se présume pas. Autrement dit, la preuve de la faute inexcusable doit être prouvée et il incombe au salarié de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver⁵. Le salarié doit établir, d'une part, que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger et, d'autre part, qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Il appartient donc au salarié de prouver que son employeur avait conscience du danger auquel il expose le salarié ou qu'il aurait dû avoir conscience. Cette condition doit être appréciée en raison des circonstances, de la formation et de l'expérience professionnelle de l'employeur, de la réglementation et des habitudes de la profession, mais aussi de l'évidence du danger. Pour apprécier la responsabilité des employeurs, les juridictions du fond se réfèrent fréquemment aux éléments contenus dans les rapports de l'INSERM, dans les rapports du professeur Claude Got⁶ ou encore du Sénat⁷. Ces rapports tentent d'établir la chronologie de l'acquisition des connaissances concernant le danger de l'amiante. L'année 1977 est une année importante : c'est en 1977 que, pour la première fois, en France, un décret fixe un seuil d'exposition des travailleurs aux fibres

⁵ Civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Bull. civ.* II, n° 394.

⁶ Claude GOT, *Rapport sur la gestion du risque des problèmes de santé publique posée par l'amiante en France*, 1998, en ligne : <http://www.sante-publique.org/amiante/amiante.htm>.

⁷ France, Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, par Gérard DÉRIOT et Jean-Pierre GODEFROY, rapport n° 37 (26 octobre 2005).

d'amiante⁸. Avant cette date, la responsabilité des entreprises est plus difficile à établir. À partir de cette date, quelle que soit leur activité (utilisation importante ou accessoire d'amiante), les entreprises utilisatrices avaient ou auraient dû avoir conscience du danger, ce qui facilite la reconnaissance de leur faute inexcusable. Cependant, la date à laquelle le salarié a été exposé, l'utilisation qui a été faite de l'amiante, la quantité d'amiante utilisée, la taille de l'entreprise, sont également autant d'éléments pris en compte par les juges.

Concernant une exposition entre 1950 et 1978, la Cour de cassation a jugé que l'employeur qui n'utilisait pas l'amiante comme matière première, pouvait ne pas avoir conscience de ce qu'il exposait le salarié à un danger⁹. Dans le même sens, elle a écarté la faute inexcusable d'une entreprise de manutention portuaire pour une exposition au cours des années 40 et 50 : l'employeur qui n'utilisait pas directement l'amiante pouvait ne pas avoir conscience de ce qu'il exposait ses salariés à un danger¹⁰. À l'inverse, dans un arrêt du 6 mars 2008, concernant un salarié travaillant dans une usine de fabrication de verre, qui avait été affecté de 1995 à 1996 aux fours de l'usine, la faute inexcusable a été reconnue. La victime manipulait des plaques d'amiante destinées à la protection thermique des salariés, il utilisait des gants contenant de l'amiante et était chargé d'entourer des pincettes avec des cordelettes d'amiante¹¹.

La taille de l'entreprise est souvent relevée ; en fonction de son importance, de son organisation, il est parfois difficile pour une entreprise de prétendre qu'elle ignorait le risque. Les grandes entreprises comme EDF¹², Pechiney¹³, Aubert et Duval¹⁴ ont été condamnées¹⁵. À la lecture des arrêts, on comprend que la seule circonstance qu'une entreprise ne

⁸ Décret n° 77-949 du 17 août 1977 relatif aux mesures particulières d'hygiène applicables dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières d'amiante, J.O. 20 août 1997, p. 4304.

⁹ Voir notamment Soc., 28 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 81.

¹⁰ Civ. 2^e, 23 janv. 2014, pourvoi n° 12-29.871.

¹¹ Civ. 2^e, 6 mars 2008, pourvoi n° 07-16.010.

¹² Civ. 2^e, 3 juill. 2008, *Bull. civ.* II, n° 167.

¹³ Civ. 2^e, 10 déc. 2008, pourvoi n° 08-11.139.

¹⁴ Civ. 2^e, 12 mars 2009, pourvoi n° 08-13.247.

¹⁵ Voir également : Civ. 2^e, 16 sept. 2010, pourvoi n° 09-16.209 ; Soc. 18 févr. 2010, pourvoi n° 09-13.745.

participe pas à la fabrication, à la transformation ou à l'utilisation de l'amiante, comme matière première, ne permet pas d'exclure la conscience du danger de l'employeur. Même si les faits reprochés sont antérieurs à 1977, il appartient aux juges de s'assurer que l'entreprise ne pouvait pas avoir conscience du danger en tenant compte notamment de son importance, de son organisation, de la nature de son activité et des travaux auxquels était affecté son salarié. C'est alors parfois une présomption de conscience et de connaissance des dangers de l'amiante qui est retenue. Il apparaît donc que la charge de la preuve du salarié est considérablement allégée. Il lui suffit bien souvent d'alléguer que l'employeur aurait dû avoir connaissance du danger, à charge ensuite pour l'employeur de contredire cette allégation, sauf à être condamné.

Concernant la preuve des mesures qu'aurait dû prendre l'employeur pour préserver le salarié, cette carence ne se présume pas. La Cour de cassation a jugé que la victime devait apporter la preuve de ce que l'employeur avait omis de prendre les mesures nécessaires¹⁶. Mais le plus souvent le salarié ne peut apporter la preuve d'un fait négatif. Prouve qui peut ! Donc l'employeur. Avec la difficulté pour les employeurs de s'expliquer sur des faits remontant parfois à plus de trente ans.

III. La preuve du préjudice d'anxiété

Des régimes d'indemnisation spécifiques ont été mis en place dans les domaines les plus divers (accidents de la circulation, terrorisme, transfusion sanguine, etc.), assurant une réparation intégrale à la victime. Sans le régime spécifique de réparation des risques professionnels initié en 1898, se serait d'ailleurs probablement développé un régime sans faute en matière de risque professionnel ; l'employeur aurait alors été reconnu responsable de plein droit de toute atteinte à l'intégrité physique ou mentale du salarié, le principe de réparation intégrale s'appliquant sans forfait ni sélection des préjudices réparables (à la différence du régime spécifique de réparation des maladies professionnelles). Il peut aujourd'hui sembler paradoxal que les régimes de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, qui ont marqué en leur temps des avancées sociales significatives, échappent à l'évolution générale favorable à la victime connue en droit commun, pour finalement être en retrait. *L'aggiornamento*

¹⁶ Civ. 2^e, 22 mars 2005, *Bull. civ.* II, n° 74.

du régime de réparation du risque professionnel pourrait être la perspective, soit en sauvegardant sa spécificité mais en l'améliorant, soit en l'ancrant dans le droit commun.

Une première brèche a consisté à redéfinir la faute inexcusable, pour admettre plus facilement la réparation intégrale des préjudices du salarié victime. L'on restait ici dans le cadre du régime légal spécifique. Une seconde brèche consiste à reconnaître un droit d'option au salarié, qui peut préférer engager la responsabilité contractuelle de l'employeur en application du droit commun, au lieu d'inscrire son action dans le cadre du régime spécifique de sécurité sociale de réparation du risque professionnel. Des arrêts sont rendus au visa de « l'article 1147 du Code civil et du principe de réparation intégrale »¹⁷. Se crée ainsi un régime de réparation du risque professionnel qui se rattache au droit commun, en dehors du champ de la sécurité sociale, avec pour fondement l'obligation de sécurité de résultat.

La jurisprudence développée au sujet du principe d'anxiété des travailleurs de l'amiante révèle, entre autres, cette évolution. Rappelons que l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 prévoit un dispositif de cessation anticipée d'activité au profit des travailleurs dits de l'amiante. Dès lors qu'ils cessent toute activité professionnelle, et à condition de travailler ou d'avoir travaillé dans un établissement figurant sur une liste établie par arrêté, où étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, les salariés, s'ils ne sont pas atteints d'une maladie professionnelle due à l'amiante, peuvent à partir de 50 ans bénéficier d'une allocation de cessation anticipée d'activité, communément visée par son (bien mal choisi, compte tenu du drame sanitaire en cause) acronyme : l'ACAATA.

Des salariés ont sollicité une indemnisation au titre de leur « préjudice d'anxiété », « lié à la peur d'avoir contracté une maladie causée par l'amiante ». Selon une formule psalmodiée au gré des arrêts, « Attendu que le salarié, qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, et se trouve, par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente

¹⁷ Voir notamment Soc. 25 sept. 2013, *Bull. civ.* V, n° 202; Soc. 4 avr. 2014, *Bull. civ.* V, n° 95.

face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'il se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers, subit un préjudice spécifique d'anxiété ; que l'indemnisation accordée au titre d'un préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante ».

Classiquement, l'une des premières exigences devrait être de caractériser la faute de l'employeur. Autrement dit, le salarié devrait démontrer que l'employeur l'a exposé de façon fautive à l'amiante. Toutefois, lorsque le préjudice d'anxiété est invoqué par un salarié admis au bénéfice de l'ACAATA, la Cour de cassation s'en tient à l'arrêt ministériel. La Cour de cassation le déduit de la seule inscription de l'établissement dans un arrêté ministériel ouvrant droit au bénéfice de l'ACAATA. On retrouve là l'automatisme du régime de réparation des accidents et maladie professionnels, ramenée dans le champ du droit du travail, le juge construisant un régime *ad hoc* qui prend le meilleur (pour le salarié) du régime de droit commun (la réparation intégrale) et du régime spécial (l'automatisme).

Voilà qui est critiquable. L'inscription sur les listes amiante a été admise même si seulement de 6 à 12 % des effectifs de l'entreprise ont été affectés aux activités de fabrication des matériaux contenant de l'amiante, de flochage et de calorifugeage à l'amiante, cette activité étant alors considérée comme significative¹⁸. Ainsi, même si plus de 80 % de l'effectif n'a pas été exposé, le dispositif ACAATA est ouvert à tous les salariés ayant travaillé dans l'établissement, sans qu'une quelconque distinction soit opérée entre eux, peu important qu'ils n'aient pas été exposés à l'amiante. Que ces derniers n'aient pas à établir avoir été exposés à l'amiante est injustifiable.

On sait par ailleurs que, comme le soulignait dès 2005 la Cour des comptes, ce qu'elle a rappelé dans son Rapport public annuel de février 2014, « le dispositif ACAATA a pu être utilisé comme un instrument de gestion de l'emploi pour faire face à des réductions d'activité ou à des restructurations ». Le dispositif de l'ACAATA a coïncidé avec la raréfaction des systèmes de préretraite, d'où le recours à ce dispositif pour régler des

¹⁸ Cons. d'Ét. 27 mai 2013, pourvoi n° 341163 ; Cons. d'Ét. 1^{er} août 2013, pourvoi n° 364187.

problèmes sociaux sans aucun rapport. Comment en pareille circonstance généraliser l'exposition au risque à tous les salariés y compris le personnel administratif ?

Également, il paraissait évident d'exiger du salarié, pour qu'il obtînt réparation du préjudice d'anxiété allégué, accueilli dans son principe, la démonstration de l'existence de ce préjudice. On ne saurait en principe admettre que la victime soit indemnisée selon les règles de la responsabilité contractuelle sans prouver son préjudice. Mais par un arrêt rendu le 4 décembre 2012¹⁹, la Cour de cassation a opté pour une tout autre ligne, en jugeant qu'il n'était pas requis que les demandeurs se soient soumis à des contrôles et examens médicaux réguliers. Le 25 septembre 2013²⁰, la haute juridiction persistait dans cette voie, en retenant que l'existence du préjudice d'anxiété n'est pas subordonnée à la preuve que le salarié a régulièrement passé des examens médicaux et, le 2 avril 2014²¹, elle censurait l'arrêt qui « *pour débouter les salariés de leurs demandes au titre des préjudices d'anxiété et de bouleversement dans les conditions d'existence, (...) retient que les intéressés ne versent ni document objectif ni témoignage de tiers sur leur anxiété, qu'aucun salarié n'évoque ses conditions d'existence et n'apporte d'élément sur un changement de ses conditions d'existence et qu'ils ne rapportent donc pas la preuve qui leur incombe d'un sentiment d'anxiété ni d'une modification des conditions d'existence* ». À défaut d'objectivation du préjudice, l'indemnisation, qui se déduit du seul classement ACAATA de l'établissement, devient automatique.

Par une décision du 3 mars 2015²², la Cour de cassation persiste dans cette voie. La Cour d'appel avait considéré que le salarié se plaçait hors du champ de la législation sur les risques professionnels, et devait donc « *apporter la preuve de la réalité et de l'étendue des préjudices que lui a causé le manquement de l'employeur à son obligation de résultat* ». Or la Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel et a jugé que dès lors qu'un salarié a travaillé dans un établissement inscrit sur une liste établie par arrêté ministériel ouvrant droit à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, il a subi un préjudice spécifique d'anxiété. Il se trouve « *par le fait de l'employeur, dans une situa-*

¹⁹ Soc. 4 déc. 2012, *Bull. civ. V*, n° 316.

²⁰ Soc. 25 sept. 2013, *Bull. civ. V*, n° 209.

²¹ Soc. 2 avr. 2014, *Bull. civ. V*, n° 95.

²² Soc. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.486.

tion d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'il se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers». L'indemnisation est systématique. Il est inutile de rapporter la preuve de la réalité et de l'étendue des préjudices. Dans un autre arrêt rendu le même jour, la Cour de cassation précisait cependant que si la société employeur n'est pas inscrite sur la liste ACAATA, le salarié estimant avoir été exposé à l'amiante ne pourra être indemnisé d'un préjudice d'anxiété. La réparation de ce préjudice «n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998»²³.

²³ Soc. 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.175.



L'admissibilité en preuve de contenus issus d'Internet en matière de santé et sécurité du travail

Nicolas Vermeys*

Introduction	165
I. Les documents technologiques générés par les parties	167
A. Les documents issus des médias sociaux.....	168
B. Les courriels et autres communications privées	172
II. Les documents technologiques générés par des tiers	176
A. Les documents technologiques dont l'auteur est anonyme	177
B. Les documents technologiques générés par des sources reconnues	181
Conclusion	185

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur au Centre de recherche en droit public et directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice.



Introduction

Tel qu'en témoigne son inclusion dans le présent ouvrage, cette contribution s'avère être le fruit de réflexions présentées lors de la Journée d'études franco-qubécoise tenue le jeudi 26 mars 2015 à l'Université de Montréal, laquelle avait pour thème « Preuve + Développement durable »¹. À première vue, traiter de l'admissibilité en preuve de contenus issus d'Internet en matière de santé et sécurité du travail pourrait sembler incongru quant au thème de l'ouvrage. En effet, comment la présente thématique peut-elle s'inscrire dans la définition du développement durable, soit une forme de développement « qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »²? Plus précisément, où peut-on espérer insérer la preuve issue du Web dans le schéma associé au développement durable reproduit à la page suivante?

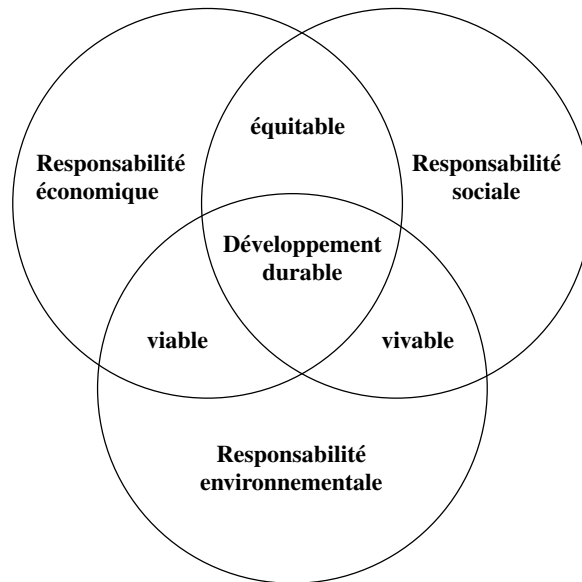
En fait, la preuve technologique en général et celle issue d'Internet en particulier ne participe pas réellement au développement durable, elle en est plutôt l'une des conséquences. En effet, « l'essor généralisé des réseaux [...] offre désormais des possibilités nouvelles d'interactions, de coopération, et de solidarité, qui sont autant de clés pouvant permettre de donner corps à l'idée de développement durable »³. Or, ce sont les contenus produits par le biais de ces interactions et coopérations qui, dans certains cas, peuvent s'avérer utiles dans le cadre de litiges soit parce que ces contenus constituent des aveux ou autres preuves d'un comportement illicite, soit parce qu'ils constituent des sources de savoir général pouvant être consultées par les juges et parties pour éclaircir un dilemme interprétatif.

¹ Le programme de l'évènement est disponible ici : <https://www.gautrais.com/preuve2015/>.

² *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1, art. 2. Voir également la définition proposée à l'article 2 de la *Loi fédérale sur le développement durable*, L.C. 2008, c. 33, laquelle est pratiquement au même effet : « Développement qui permet de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire les leurs ».

³ Gilles BERHAULT, *Le développement durable, version 2.0. L'Internet peut-il sauver la planète ?*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2010, p. 1 (version Kindle).

Schématisation du développement durable



C'est donc vers ces deux types de contenus issus d'Internet, d'une part les documents technologiques⁴ générés par les parties (I) et, d'autre part, les documents technologiques générés par des tiers (II) que nous porterons notre attention. Un avertissement s'impose toutefois avant d'aborder le corps de nos réflexions. En effet, il importe de préciser que ce document ne prétend pas à l'exhaustivité ; il constitue plutôt un résumé et une mise à jour de travaux menés antérieurement par l'auteur et ses collaborateurs⁵ et sa lecture devrait donc être envisagée en tant que complément de ces textes.

⁴ En vertu de l'article 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1, un document technologique peut être défini comme étant « constitué d'information portée par un support [...] faisant appel aux technologies de l'information ».

⁵ Voir notamment Nicolas VERMEYS, « Facebook et la relation employeur-employé : quand amitié et surveillance vont de pair », dans S.F.P.B.Q., vol. 379, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2014)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 169 ; Nicolas VERMEYS, « L'admissibilité en preuve de contenus issus de sites de réseaux sociaux », *Repères*, Juillet 2010, EYB2010REP962 (La référence) ; Nicolas VERMEYS, « Qu'est-ce que Facebook ? Plaidoyer pour une qualification juri-

I. Les documents technologiques générés par les parties

Avant d'aborder les types de documents visés par la présente partie, une précision s'impose. En effet, il est utile de souligner que, depuis le 1^{er} janvier 2016, les dossiers en matière de santé et sécurité au travail se retrouveront normalement devant la division de santé et sécurité du travail du Tribunal administratif du travail (TAT), organisme remplaçant la Commission des lésions professionnelles (CLP) et la Commission des relations du travail (CRT)⁶. Évidemment, vu la nouveauté de ce tribunal, il est trop tôt pour dégager une quelconque tendance des jugements rendus, ceux-ci s'élevant à environ 1000 décisions. Toutefois, comme ce tribunal administratif est né de la fusion de la CLP et de la CRT, l'on peut supposer que le traitement réservé aux documents technologiques qui y sont déposés en preuve demeurera le même, d'autant que les règles de preuve de ce nouveau tribunal sont, pour l'instant, essentiellement les mêmes que celles de ses prédécesseurs⁷.

Cette précision ayant été apportée, il apparaît opportun, pour les fins du présent texte, de diviser les documents technologiques générés par les parties en deux catégories, à savoir : les documents issus des médias sociaux (A) et les courriels et autres communications privées (B). Si certains pourraient – à juste titre – considérer cette division artificielle de par le fait que certaines communications privées peuvent avoir lieu par l'entremise de médias sociaux⁸, il demeure que les tribunaux considèrent

dique des médias sociaux» (2012) 1 *Technologies de l'information En bref* 2; Patrick GINGRAS et Nicolas VERMEYS, «Citer ou ne pas citer Wikipédia», *Repères*, 2011, EYB2011REP1087 (La référence); Patrick GINGRAS et Nicolas VERMEYS, *Actes illi-cites sur Internet : Qui et comment poursuivre ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

⁶ *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ, c. T-15.1, art. 255.

⁷ En effet, l'article 263 de la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, préc., note 6, prévoit que : «Jusqu'à l'adoption du règlement sur les règles de preuve et de procédure prévu au premier alinéa de l'article 105 de la présente loi, les règles qui étaient applicables devant la Commission des lésions professionnelles et devant la Commission des relations du travail demeurent, selon le cas, applicables à titre supplétif, mais dans la seule mesure où elles sont compatibles avec la présente loi».

⁸ Voir par exemple *A c. Compagnie A*, 2012 QCCRT 150, par. 140 : «Par ailleurs, cette preuve fait ressortir un échange *a priori* privé entre la plaignante et Ly... puisqu'il a lieu dans la section "messages" de Facebook et non sur le babillard». Voir également *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, 2012 QCCLP

plus souvent qu'autrement les sites de réseaux sociaux tels Facebook⁹ ou MySpace¹⁰ comme étant des emplacements¹¹ publics¹², les distinguant de par ce fait même des outils de communication privés que sont, par exemple, les courriels. Nous reviendrons toutefois sur cette généralisation, laquelle ne nous semble pas nécessairement justifiée.

A. Les documents issus des médias sociaux

Dans bien des cas, les documents issus des médias sociaux peuvent être qualifiés d'écrits ni authentiques ni semi-authentiques rapportant un fait. Ce sera le cas, par exemple, du compte Facebook d'un travailleur soupçonné de mentir quant à ses problèmes de santé qui affiche « JE VIENS ARRIVER DU DOCTEUR COOL JAI EU CE QUE JE VOULAIS »¹³. Or, tel que le prévoit l'article 2832 du *Code civil du Québec*¹⁴, de tels documents peuvent, sous réserve des règles de preuve, « être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre [leur] auteur »¹⁵. Évidemment, il ne

7666, par. 38: « Il est donc toujours possible dans un cas d'espèce de plaider que les informations de *Facebook* sont privées si l'on démontre que les paramètres privés ont été choisis et que la personne a un nombre limité d'amis lui permettant de garder le contrôle sur sa vie privée ».

⁹ <https://www.facebook.com/>.

¹⁰ <https://myspace.com/>.

¹¹ En effet, en vertu de l'article 31 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 4, un tel site peut constituer un emplacement au sens juridique du terme. Sur ce point, voir Nicolas W. VERMEYS, *Droit codifié et nouvelles technologies : Le Code civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 16, 52 et 249.

¹² *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, 2011 QCCLP 1802, par. 71.

¹³ *Renaud et Ali Excavation inc.*, 2009 QCCLP 4133, par. 33. Dans le même ordre d'idée, voir *Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ, section locale 3535) c. Société des alcools du Québec (Logistique & distribution)*, 2011 CanLII 84831, par. 48 (QC S.A.T.); *Brisindi et STM (Réseau des autobus)*, 2010 QCCLP 4158, par. 43. Notons toutefois que, dans cette dernière affaire, il n'est pas précisé si les documents déposés en preuve sont des écrits ou des éléments matériels.

¹⁴ L.Q. 1991, c. C-64. Ci après le « C.c.Q. ».

¹⁵ Voir par exemple *Expoze, s.e.n.c. c. Verville (Shoot 1st Média)*, 2015 QCCQ 12659, par. 27: « Les échanges de textos et par Facebook sont des documents technologiques qui font preuve et ils constituent un aveu de la part de monsieur Verville. Par

faudrait pas oublier, comme l'a souligné le tribunal d'arbitrage, que ces sites sont emplis de mensonges et d'exagérations :

le contenu d'une page Facebook est romancé la majorité du temps par leurs auteurs. Les personnes qui écrivent sur les réseaux sociaux ne sont pas assermentées lorsqu'elles prennent le clavier et elles ne s'engagent pas à dire toute la vérité... rien que la vérité¹⁶ !

Qui plus est, même lorsque le contenu présenté constitue un élément matériel – par exemple une photographie¹⁷ ou un enregistrement vidéo¹⁸ montrant l'employé se donnant à une activité incompatible avec son diagnostic, la prudence s'impose. Par exemple, dans l'affaire *Plastiques Balcan ltée et Ahmadi*¹⁹, l'employeur tenta de déposer en preuve des photographies tirées de la page Facebook de M. Ahmadi le montrant « en train de sauter d'un rocher » – comportement par ailleurs incompatible avec son diagnostic. Or, comme l'a précisé la CLP :

Les photos déposées ne montrent pas le travailleur en train de sauter d'un rocher. Elles montrent plutôt le travailleur en position, prêt à sauter. Le tribunal ne peut déduire de ces photos ce qu'elles ne montrent pas²⁰.

conséquent, la preuve testimoniale du prêt de 2 000 \$ présentée par Expoze est donc admissible » [références omises].

¹⁶ *Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ, section locale 3535) c. Société des alcools du Québec (Logistique & distribution)*, préc., note 13, par. 49. Voir également *Pierre St-Cyr Auto caravanes ltée et Lambert*, 2013 QCCLP 3653, par. 63 et *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Institut universitaire en santé mentale de Québec c. Institut universitaire en santé mentale de Québec*, 2012 CanLII 57655, par. 196 (QC S.A.T.) : « Somme toute, selon la preuve prépondérante, ce que la plaignante a dit à son médecin traitant, au Dr Brochu et à l'employeur lors de la rencontre du 29 novembre, est beaucoup plus proche de la réalité que le portrait rose bonbon qu'elle a mis en ligne sur Facebook. C'est sur Facebook qu'elle a embelli une triste situation et qu'elle a menti, et cette communication n'était pas destinée à influencer l'employeur ».

¹⁷ Voir par exemple *Garderie Les « Chat » ouilleux inc. et Marchese*, 2009 QCCLP 7139, par. 26 ; *Borowski et Ciara Technologies*, 2011 QCCLP 5705, par. 59.

¹⁸ *Syndicat des employé(es) du Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CSN) c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal (Hôpital Notre-Dame)*, 2012 CanLII 31164, par. 114 (QC S.A.T.).

¹⁹ 2015 QCCLP 1987.

²⁰ *Id.*, par. 41.

Il reviendra donc au décideur d'établir le niveau de crédibilité à accorder à de tels documents. Ceci implique toutefois que de tels documents puissent être admis en preuve. Nous ne traitons pas ici de l'authenticité²¹ ou de l'intégrité²² de tels documents, facteurs qui pourraient effectivement remettre en question leur admissibilité en preuve. Notre propos vise plutôt leur admissibilité aux fins, notamment, de l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative*²³, lequel prévoit qu'un tribunal tel le TAT doit, même d'office

rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Or, dans bien des dossiers, un document issu du compte Facebook ou autre d'un employé sera obtenu à l'aide de subterfuges²⁴, voire même par le biais d'un accès illégal²⁵, dans quel cas il ne saurait être admissible²⁶. En effet, admettre un contenu dans de tels contextes serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice sous réserve, comme nous le verrons plus loin, de pouvoir démontrer que le document aurait pu être obtenu « par d'autres moyens légaux »²⁷.

Mais encore faut-il, pour pouvoir invoquer l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative*, qu'il y ait effectivement atteinte aux droits et libertés fondamentaux du travailleur, en l'occurrence à son droit à la vie privée. En effet, rappelons que, en vertu, notamment, de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁸, « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée ». De plus, selon l'article 36 C.c.Q., ce droit protège notamment contre une utilisation non-autorisée de ses documents personnels. Ainsi, l'on ne pourra invoquer l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative* que si le contenu d'un profil *Facebook* peut être considéré comme étant un document personnel. Or, cela ne semble que

²¹ Voir l'article 2855 C.c.Q.

²² Voir l'article 2838 C.c.Q.

²³ RLRQ, c. J-3. Notons que cette disposition est au même effet que l'article 2858 C.c.Q.

²⁴ *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, préc., note 8, par. 50.

²⁵ Sur cette question, voir : *Tardif et Béton Trio inc.*, 2015 QCCLP 4302, par.115.

²⁶ *Maison St-Patrice inc. et Cusson*, 2016 QCTAT 482, par. 63.

²⁷ *9116-8609 Québec inc. c. Senécal*, 2010 QCCS 3308, par. 75.

²⁸ RLRQ, c. C-12.



très rarement être le cas selon les tribunaux²⁹. En effet, il est généralement admis que

ce qui se retrouve sur un compte *Facebook* ne fait pas partie du domaine privé compte tenu de la multitude de personnes qui peuvent avoir accès à ce compte. La liste de ses amis peut être longue et chaque liste de ses amis peut être tout aussi longue. La preuve *Facebook* déposée par la travailleuse ne constitue donc pas une atteinte à la vie privée de tierces personnes³⁰.

Si une telle analyse semble justifiée lorsque la page Facebook de l'employé est publique³¹ ou, s'il s'agit d'une page privée, que son titulaire exerce peu de contrôle sur le nombre d'« amis »³² avec lesquels il accepte de partager ses documents, démontrant ainsi une certaine insouciance quant à l'aspect privé desdits documents³³, elle ne saurait être généralisable. En effet, il nous semble périlleux de prétendre qu'un profil Facebook est nécessairement public. Un nombre contrôlé et limité d'amis jumelé à une prise d'efforts pour personnaliser son site et, ainsi, en assurer une

²⁹ *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, préc., note 8, par. 38 : « Il est donc toujours possible dans un cas d'espèce de plaider que les informations de *Facebook* sont privées si l'on démontre que les paramètres privés ont été choisis et que la personne a un nombre limité d'amis lui permettant de garder le contrôle sur sa vie privée ».

³⁰ *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, préc., note 12, par. 71.

³¹ Voir *Vézéau et Frères inc.* et *Roy*, 2015 QCCLP 4918, par. 29 ; *Tardif et Béton Trio inc.*, préc., note 25, par. 29.

³² Rappelons que, selon Facebook, un « ami » est simplement une personne qui a accès à nos contenus. Aucun lien affectif ne peut être tiré d'une telle « amitié ». Voir *A c. Corporation Sun Media*, EYB 2009-159790, par. 178 (C.Q.) et *J. Bo. c. V. D.*, 2012 QCCS 6194.

³³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Institut universitaire en santé mentale de Québec c. Institut universitaire en santé mentale de Québec*, préc., note 16, par. 99 : « De plus, elle a publié ces renseignements à ses 328 amis sur Facebook. Selon les statistiques, chaque utilisateur Facebook a en moyenne 130 amis, par conséquent les renseignements sur sa vie privée que publiait la plaignante pouvaient être vus par environ 40 000 personnes. Elle dit qu'elle n'en a pas parlé aux médecins parce que c'était sa vie privée. » Même lorsque le nombre d'amis est restreint, le fait d'accepter son employeur ou un collègue de travail comme amis peut également être interprété comme une renonciation implicite au caractère privé d'un contenu. Voir : *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, préc., note 12, par. 67 et *Centre de santé et de services sociaux de la Vallée-de-la-Gatineau et Thibeault*, 2014 QCCLP 776, par. 63.



plus grande confidentialité, ne sont que quelques exemples de facteurs qui devraient permettre de justifier l'aspect privé de pages Facebook³⁴ et, donc, de qualifier les documents issus de tels sites de communications privées.

B. Les courriels et autres communications privées

Notre propos ne vise pas la mise en preuve d'un document technologique (courriel, échange de textos, message Facebook, etc.) par l'un des interlocuteurs, de telles communications étant indiscutablement admissibles en preuve sous réserve d'être en mesure d'en authentifier la source³⁵ et de démontrer l'intégrité de l'information y contenue³⁶. Nous limiterons ici notre analyse aux communications privées interceptées ou consultées par un tiers³⁷ – un geste pouvant constituer un acte criminel au sens des articles 184 et/ou 342.1 du *Code criminel*³⁸.

En effet, dès lors qu'un document technologique issu d'une communication privée (courriel³⁹, échanges textos⁴⁰, message Facebook⁴¹) a été

³⁴ Pour une liste plus complète, voir N. VERMEYS, « Qu'est-ce que Facebook? Plaidoyer pour une qualification juridique des médias sociaux », préc., note 5.

³⁵ Art. 2835 C.c.Q. Voir également Nicolas VERMEYS et Patrick GINGRAS, « Je tweet, tu clavardes, il blogue: Les aléas juridiques de la communication électronique », dans S.F.P.B.Q., vol. 335, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire (2011)*, Cowansville, Yvon Blais, p. 1, aux pages 44 et suiv.; *Vandal c. Salvat*, 2005 CanLII 40771 (QC C.Q.); *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301, par. 76.

³⁶ Voir *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, par. 67; *Richard c. Gougoux*, préc., note 35, par. 77.

³⁷ Voir par exemple *Pneus Touchette Distribution inc. c. Pneus Chartrand inc.*, 2012 QCCS 3241, par. 3. Voir également *Commission des normes du travail c. 9043-5819 Québec inc.*, 2013 QCCQ 12264, par. 54. Notons toutefois que, dans cette dernière affaire, la consultation des courriels n'a pas été considérée comme étant une interception illégale puisque l'employeur a eu accès au compte de courriel de l'ex-employée sans avoir à entrer de mot de passe.

³⁸ L.R.C. 1985, c. C-46.

³⁹ *EP c. CSSS A*, 2015 CanLII 65152, par. 99 (QC T.A.Q.).

⁴⁰ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4496 c. Association communautaire de Témiscaming*, 2015 CanLII 47987, par. 74 (QC S.A.T.).

⁴¹ *A c. Compagnie A*, préc., note 8, par. 140. Voir également *Lapierre c. Sormany*, 2012 QCCS 4190, par. 18: « Par ailleurs, cette preuve fait ressortir un échange *a priori*

obtenu par le biais de gestes illicite, il semble aller de soi que ce type de geste « porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux » des interlocuteurs (pour reprendre la terminologie de l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative*.)⁴². C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour supérieure dans l'affaire *9116-8609 Québec inc. c. Sénécal*⁴³:

si Bortugno n'a pas déjà en sa possession les courriels en question et qu'il les obtient en accédant à la boîte de courriels de Sénécal sans l'autorisation de ce dernier, point n'est besoin d'une analyse complexe de l'état du droit sur la question : il y a alors violation des droits fondamentaux à la vie privée de Sénécal qui doit pouvoir s'attendre à ce que sa boîte de courriels soit l'extension de sa boîte postale, voire même de sa demeure⁴⁴.

Par ailleurs, plusieurs seraient fort probablement d'avis que l'admission en preuve d'un tel document est « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Pourtant, les tribunaux semblent majoritairement en faveur de l'admissibilité en preuve de tels documents obtenus par des moyens illégaux ou, tout au moins, illicites, en invoquant notamment les principes énoncés par la Cour suprême dans l'affaire *Stillman*⁴⁵:

Le test applicable en toutes circonstances sera celui du « but for », de l'arrêt *Stillman* en Cour suprême du Canada : si la preuve ne peut être obtenue sauf par un moyen illégal, la preuve est irrecevable. Par contre, si la preuve peut être obtenue au procès par d'autres moyens légaux, elle est recevable, et le processus ne déconsidère pas l'administration de la justice⁴⁶.

privé entre la plaignante et Lynda puisqu'il a lieu dans la section "messages" de *Facebook* et non sur le babillard ».

⁴² Voir notamment *Images Turbo inc. c. Marquis*, 2013 QCCS 2781.

⁴³ Préc., note 27.

⁴⁴ *Id.*, par. 28. Dans le même ordre d'idée, voir *Pneus Touchette Distribution inc. c. Pneus Chartrand inc.*, préc., note 37, par. 6: « Il n'est pas contesté qu'en accédant à la boîte de courriel personnelle de monsieur Campeau, les experts de Touchette ont commis une atteinte à son droit à la vie privée ».

⁴⁵ *R. c. Stillman*, [1997] 1 RCS 607.

⁴⁶ *9116-8609 Québec inc. c. Sénécal*, préc., note 27, par. 75.

Ce test du «but for» ou n'eut été en français repose toutefois sur un principe important: l'information obtenue illégalement ou illicitement aurait pu être obtenue licitement. Si certains décideurs sont de cet avis en ce qui concerne les communications privées⁴⁷, une telle position nous laisse sceptiques. En effet, comment peut-on deviner qu'une communication privée à laquelle nous n'avons pas participé contient des informations pertinentes au litige sans d'abord en prendre connaissance? Dans les quelques cas où une demande d'accès au compte Facebook ou à la boîte de courriel d'un tiers afin d'y trouver des contenus potentiellement utiles au litige a été présentée à la Cour, cette demande a été rejetée puisqu'il s'agissait vraisemblablement d'une partie de pêche⁴⁸. Ainsi, en invoquant le test du «n'eut été» en matière de communications privées, les tribunaux ne viennent-ils pas finalement permettre en aval ce qu'ils auraient interdit en amont simplement parce que la preuve est pertinente au litige et démontre la mauvaise foi de la partie invoquant son droit à la vie privée? En autres mots, si nous acceptons l'argument voulant que, comme le souligne Léo Ducharme, le refus d'admettre un élément de preuve obtenu de façon illicite risque souvent de déconsidérer l'administration de la justice beaucoup plus que son admission⁴⁹, n'acceptons-

⁴⁷ *Id.*, par. 71 et 72: «Le Tribunal doit pouvoir présumer que si l'on posait la question à Senécal sur l'existence des courriels en question, celui-ci dirait la vérité et en admettrait l'existence. Le Tribunal ne peut présumer que Senécal induirait la Cour en erreur et ne dirait pas la vérité [...] Le Tribunal considère que l'exclusion des courriels de la preuve aurait un effet plus négatif sur l'image de la justice et la fonction des tribunaux dans leur mandat premier de recherche de la vérité que si on la permettait».

⁴⁸ *Droit de la famille — 131518*, 2013 QCCS 2403, par. 31: «En ce qui a trait à la demande reconventionnelle de Madame basée sur l'exploitation ou l'abus, Monsieur ignore ce qui a pu être dit par Madame à ses interlocuteurs sur Facebook; il va donc à la pêche».

⁴⁹ LÉO DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 870, p. 358.

nous pas également de cautionner les parties de pêche préemptives⁵⁰? Pourtant, comme le souligne la juge Bich dans *Bellefeuille c. Morisset*⁵¹:

Il ne s'agit évidemment pas ici d'encourager les justiciables à user de moyens douteux afin de se procurer des éléments de preuve qu'ils n'obtiendraient pas autrement, ce qui peut témoigner en effet d'un comportement déraisonnable ou empreint de mauvaise foi, et donc abusif⁵².

Mais en admettant en preuve des documents obtenus illégalement qui n'auraient jamais été obtenus légalement si l'on s'en tient aux propos de certains décideurs⁵³, n'est-ce pas exactement ce que font les tribunaux? Bref, certaines tendances jurisprudentielles qui semblent se dessiner autour de l'admissibilité en preuve de courriels et autres communications privées⁵⁴ nous laissent inquiets quant au sort réservé au droit à la vie privée et, plus particulièrement, aux protections législatives qui interdisent l'utilisation de nos correspondances, manuscrits et autres documents personnels⁵⁵.

⁵⁰ C'est la conclusion à laquelle arrive la CLP dans *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, préc., note 8, par. 70: «de l'avis du tribunal, l'employeur n'aurait pas pu exiger la production des statuts *Facebook* de la travailleuse sur une si longue période sans que cela n'équivaille à une expédition de pêche. Or, les expéditions de pêche ont été à maintes reprises interdites par les tribunaux». La commission poursuit en précisant, au paragraphe 74 de la décision, que: «Le tribunal, comme il l'a exprimé plus haut, est d'avis que l'unique but de la démarche de l'employeur était d'espérer trouver de façon fortuite un élément de preuve qu'il ne soupçonnait pas».

⁵¹ 2007 QCCA 535.

⁵² *Id.*, par. 62. Notons que cette décision visait l'interprétation de l'article 2858 C.c.Q., lequel est au même effet que l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative*, préc., note 23.

⁵³ *Droit de la famille — 131518*, préc., note 48, par. 32; *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, préc., note 8, par. 70.

⁵⁴ Voir notamment *Pneus Touchette Distribution inc. c. Pneus Chartrand inc.*, préc., note 37.

⁵⁵ Art. 36 C.c.Q.

II. Les documents technologiques générés par des tiers

Tel qu'indiqué en introduction, nous qualifions de « documents technologiques générés par les tiers » les différents sites Webs et autres outils issus d'Internet permettant d'obtenir des données parfois pertinentes à un litige. Or, il est bien établi que « [l]es informations obtenues via des sites internet constituent du oui-dire »⁵⁶ et, donc, qu'elles ne sauraient être admissibles en preuve selon les règles de droit civil québécois⁵⁷. Toutefois, rappelons que, tel que nous l'avons vu, le TAT « n'est pas tenu à l'application des règles de procédure et de preuve civiles »⁵⁸, ouvrant ainsi la porte à l'admission du oui-dire. En effet :

La preuve par oui-dire est [...] admissible devant le tribunal dans la mesure où elle offre des garanties suffisantes de fiabilité et où, conformément aux règles de justice naturelle, l'autre partie se voit offrir la possibilité d'y répondre⁵⁹.

C'est donc dire que, en matière de santé et sécurité au travail, les documents technologiques générés par des tiers et rendus disponibles via le

⁵⁶ *Droit de la famille — 12493*, 2012 QCCS 924, par. 20. Voir également *Bédard c. Chrysler Canada*, 2011 QCCQ 1237, par. 10; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montréal, Maine & Atlantic Canada Co.) (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 2418, par. 37; *Côté c. Vacances Sunwing*, 2014 QCCQ 1463, par. 33; *Bergeron c. Gestion Ankabeth inc.*, 2013 QCCQ 1338, par. 26; *Hamel c. Toshiba du Canada ltée*, 2015 QCCQ 117, par. 10.

⁵⁷ En effet, rappelons que, malgré certaines exceptions, la règle veut que le oui-dire soit en principe inadmissible. Voir par exemple *Gallese c. La Reine*, 2009 QCCA 1071.

⁵⁸ *Règlement sur la preuve et la procédure de la Commission des lésions professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, r. 12, art. 2. Notons que ce règlement demeure en vigueur malgré l'abrogation de sa loi habilitante. Voir *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, préc., note 6, art. 263 : « Jusqu'à l'adoption du règlement sur les règles de preuve et de procédure prévu au premier alinéa de l'article 105 de la présente loi, les règles qui étaient applicables devant la Commission des lésions professionnelles et devant la Commission des relations du travail demeurent, selon le cas, applicables à titre supplétif, mais dans la seule mesure où elles sont compatibles avec la présente loi ».

⁵⁹ *Grandmont (Re)*, 2005 CanLII 66919, par. 19 (QC C.L.P.). Tel que cité dans *Charbonneau et Mécanique CNC 2002 inc.*, 2008 QCCLP 6442, par. 14; *Martel et C.S. de la Rivière-du-Nord*, 2011 QCCLP 1145; *Brisson (Succession de) et Félix Huard inc.*, 2008 QCCLP 59, par. 55; *U.V. Laviolette inc. et Lagacé*, 2009 QCCLP 1033. Voir également *Claveau et Industrie GMI inc.*, 2009 QCCLP 6011, par. 39.



Web peuvent être (et sont couramment) déposés en preuve pour appuyer la position de l'une ou l'autres des parties sous réserve, comme le précise le passage cité, d'être en mesure d'en établir la fiabilité. Or, tel que nous le verrons, cette fiabilité sera plus difficile à établir lorsque le document technologique sera l'œuvre d'un auteur anonyme (A) que lorsqu'il émanera d'un site reconnu (B).

A. Les documents technologiques dont l'auteur est anonyme

Comme l'a souligné la Commission des lésions professionnelles dans l'affaire *Bélec et Groupe Domotec inc.*⁶⁰ :

La toile Internet constitue certes une source d'information illimitée. Toutefois, la facilité avec laquelle on peut y déposer des textes impose au lecteur la plus grande prudence surtout lorsqu'il s'agit d'utiliser cette information en preuve devant un tribunal. Aussi, la soussignée émet des réserves sur la fiabilité et la valeur de certains documents déposés, à savoir ceux dont le rattachement éditorial est imprécis⁶¹.

L'imprécision du rattachement éditorial constitue en effet l'une des principales causes de rejet d'une « autorité » issue du Web⁶² telle un blogue⁶³ ou un site wiki⁶⁴. Cette dernière catégorie d'outils, dont la manifestation



⁶⁰ Dossier n° 213468-64-0308, 19 mai 2004 (C.L.P.), en ligne : <http://www.jugements.qc.ca>.

⁶¹ *Id.*, par. 53.

⁶² Voir notamment *College of Dietitians of Alberta c. 3393291 Canada Inc. (Collège spécialisé en nutrition naturelle)*, 2015 CF 449, par. 33. Voir également *Livenais et Atelier BFR inc.*, 2012 QCCLP 6454, par. 23 ; *Entretien 4M inc.*, 2016 QCTAT 501, par. 62 ; *Richard c. Chrysler Canada inc.*, 2009 QCCQ 2553, par. 6 et 7.

⁶³ « Site Web personnel tenu par un ou plusieurs blogueurs qui s'expriment librement et selon une certaine périodicité, sous la forme de billets ou d'articles, informatifs ou intimistes, datés, à la manière d'un journal de bord, signés et classés par ordre anté-chronologique, parfois enrichis d'hyperliens, d'images ou de sons, et pouvant faire l'objet de commentaires laissés par les lecteurs. » Voir OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, Québec, Office de la langue française, « blogue », en ligne : http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8370242.

⁶⁴ « Site Web collaboratif où chaque internaute visiteur peut participer à la rédaction du contenu. » Voir *id.*, « site wiki », en ligne : http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8362053.



la plus connue – Wikipédia⁶⁵ – est régulièrement citée devant les tribunaux québécois⁶⁶, cause particulièrement problématique de par l’anonymat des auteurs impliqués. En effet, comme l’a soulevé la Commission des lésions professionnelles à maintes reprises :

La Commission des lésions professionnelles a des réserves sur la valeur probante de cette documentation. *Wikipedia* se décrit lui-même comme une encyclopédie libre créée et éditée bénévolement par des contributeurs anonymes. On ignore qui est l’auteur de l’extrait produit et notamment s’il s’agit d’un médecin⁶⁷.

Cette absence d’information quant aux qualifications de l’auteur est d’autant plus problématique que, même lorsque celles-ci sont publicisées⁶⁸,

⁶⁵ Tel que l’indique le site : « Wikipédia est une encyclopédie écrite par des volontaires sur internet, universelle, multilingue, à laquelle chacun peut collaborer, immédiatement et fonctionnant sur le principe du wiki. Wikipédia a pour objectif d’offrir un contenu libre, objectif et vérifiable que chacun peut modifier et améliorer, sans nécessité de s’enregistrer. Tous les articles de Wikipédia sont un *travail en progression* qui peut être modifié et amélioré par tout le monde. » Voir : « Wikipédia : À propos », en ligne : https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:%C3%80_propos.

⁶⁶ L’engin de recherche de la plateforme CanLII répertorie en effet près de 200 mentions de Wikipédia dans la jurisprudence québécoise.

⁶⁷ *TD Canada Trust*, 2011 QCCLP 1769, par. 34. Ce passage est notamment cité dans *Chille et CSSS de la Pointe-de-L’Île*, 2012 QCCLP 3341, par. 63 et dans *Air Canada (Ser. Des réclamations)* et *Pard*, 2012 QCCLP 7859, par. 72. Voir également *Vert-dure Boisbriand*, 2014 QCCLP 6059, par. 34 et 35 : « L’extrait du site *Wikipédia* sur le trouble de la personnalité produit par l’employeur ne permet pas de modifier cette conclusion [...] D’une part, la fiabilité de ce document, et par conséquent sa valeur probante, est, pour le moins, déficiente, surtout en matière médicale. Ce site se décrit en effet comme une encyclopédie libre créée par des contributeurs anonymes. On ignore ainsi l’identité des auteurs de cette information et, plus particulièrement, s’il s’agit de médecins, ce qui, concernant un concept médical aussi pointu que le “trouble de la personnalité”, est on ne peut plus problématique ».

⁶⁸ Comme le prévoit le site : « Les contributeurs peuvent se créer un compte avec un nom et un mot de passe, mais ce n’est pas obligatoire. Les contributeurs enregistrés bénéficient d’une page personnelle et de fonctionnalités supplémentaires [...] Certains contributeurs ont des droits supplémentaires : ce sont des administrateurs. Ceux-ci peuvent supprimer des pages, bloquer ou débloquer une page, et aussi bloquer un contributeur. Les admins ou *sysop* sont choisis par consensus parmi les contributeurs ayant déjà plusieurs mois de participation. » Voir : « Wikipedia : À propos », préc., note 65.

elles s'avèrent difficilement vérifiables et, parfois, fausses⁶⁹. Ainsi, une majorité de contenus issus de tels sites devront faire l'objet de validations par un témoin expert, rendant leur utilisation quelque peu futile :

À l'appui de ce rapport, l'employeur soumet un article relatif à la cytokine provenant du site Internet Wikipédia. Sans un commentaire du docteur Lapierre relativement à ce texte provenant du site Internet Wikipédia, le tribunal n'est pas à même d'en juger la force probante. En effet, il n'est pas possible pour le tribunal, sans les explications d'un médecin, de reconnaître que ce texte reflète un consensus réel émanant de la communauté médicale⁷⁰.

Est-ce dire que les contenus de sites de collectivisation du savoir tels Wikipédia ne devraient jamais servir de référence devant les tribunaux ? Une telle position, laquelle nous a été attribuée malgré nous⁷¹, semble excessive. En effet, il existe d'abord certains cas où aucune source plus fiable ne soit disponible vu la nouveauté du sujet traité⁷². En effet, contrairement aux traités et aux textes évalués par les pairs, les billets de blogs et autres contenus publiés en ligne bénéficient d'une certaine célérité de publication. Ainsi, de telles sources sont parfois les seules disponibles lorsqu'une question est novatrice⁷³. Ensuite, il faudrait éviter de faire une

⁶⁹ C'est notamment ce qui s'est produit dans le cas désormais célèbre de « Essay », un administrateur qui s'était présenté comme étant un professeur et docteur en théologie, alors qu'il n'avait dans les faits jamais terminé ses études universitaires. Voir Noam COHEN, « A Contributor to Wikipedia Has His Fictional Side », 2007, *The New York Times*, en ligne : http://www.nytimes.com/2007/03/05/technology/05wikipedia.html?_r=0.

⁷⁰ *ADM Agri Industries Ltd*, 2014 QCCLP 2221, par. 28.

⁷¹ La conclusion de notre texte N. VERMEYS, « Citer ou ne pas citer Wikipédia », préc., note 5 (rédigé en collaboration avec Patrick Gingras) est effectivement à l'effet que « Wikipédia ne devrait pas [...] être cité devant les tribunaux comme autorité », mais cette affirmation est mitigée par le contexte, lequel vient identifier certaines exceptions à cette règle.

⁷² Notons toutefois que les tribunaux peuvent parfois tirer une inférence négative du fait que Wikipédia constitue la seule référence pouvant appuyer une allégation. Voir *Moiseev c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 88, par. 24 : « Bien que je sois [sic] conscient de l'inégalité de la fiabilité de cette encyclopédie, il est néanmoins révélateur que ce soit la seule preuve documentaire que le demandeur a présenté à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire ».

⁷³ Paul DALY, « Legal Academia 2.0. New and Old Models of Academic Engagement and Influence », (2015) 20-1, *Lex Electronica* 39, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/s/1057>.

adéquation trop hâtive entre contenus anonymes et contenus de mauvaise qualité. Comme le souligne la Cour fédérale dans *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*⁷⁴ :

Pour ce qui concerne les sites Web non officiels, je souscris à l'opinion de M. Carroll, selon laquelle la fiabilité de l'information provenant de tels sites dépend de divers facteurs, notamment une appréciation soigneuse de ses sources, la corroboration indépendante, le point de savoir si le contenu d'origine a pu être modifié et l'objectivité de la personne qui a mis cette information en ligne. Lorsque ces éléments ne peuvent être établis avec certitude, on ne devrait donner que peu de poids, voire aucun, à l'information provenant d'un site Web non officiel⁷⁵.

Ainsi, bien qu'il soit incontestablement préférable de ne citer que des sources qui sont unanimement reconnues comme étant fiables – catégorie dans laquelle Wikipédia ne figure simplement pas⁷⁶ – il nous faut admettre que ces sources ne sont pas aussi nombreuses que l'on ne pourrait l'imaginer⁷⁷... Bref, même si la fiabilité d'une source telle Wikipédia demeure discutable, son contenu peut toujours est jugé valide s'il est corroboré⁷⁸.

⁷⁴ 2003 CF 1056.

⁷⁵ *Id.*, par. 18.

⁷⁶ Voir P. GINGRAS et N. VERMEYS, « Citer ou ne pas citer Wikipédia », préc., note 5. Voir également *Sanderson c. St-Bruno-de-Montarville (Ville de)*, 2013 QCCS 3566, par. 51 ; *Air Canada (Ser. des réclamations)* et *Pard*, préc., note 67, par. 72. Pour la position contraire, voir *Trudel* et *Service de transport adapté de la Capitale inc.*, 2008 QCCLP 4078, par. 85.

⁷⁷ Voir *R. c. Marquard*, [1993] 4 RCS 223, où il est établi que, pour être jugé fiable, un ouvrage scientifique doit recevoir l'assentiment d'un témoin expert.

⁷⁸ *R. c. Cianfagna*, 2007 CanLII 25904, par. 74 (QC C.M.): « En conclusion, si sur la base de la page discussion, de la page historique et de la section références, le juge conclut *prima facie* qu'un article de Wikipédia est fiable, il pourrait prendre connaissance d'office d'un fait mentionné dans cet article à condition de corroborer l'incontestabilité de ce fait par une autre source fiable et accessible ». Notons que la décision a toutefois été infirmée en appel dans *Cianfagna c. La Reine*, 2008 QCCS 1078, pour des motifs n'ayant aucun lien avec l'utilisation de Wikipédia, bien que ce motif ait été invoqué (voir le paragraphe 6 de la décision devant la Cour supérieure).

B. Les documents technologiques générés par des sources reconnues

Contrairement aux contenus anonymes publiés sur des sites tels Wikipédia, les contenus issus de sites dont les auteurs sont identifiés ne causent aucune réelle problématique quant à leur admissibilité en preuve tant et aussi longtemps que la fiabilité de la source « ne fait pas de doute »⁷⁹. D'ailleurs, ces types de documents sont régulièrement admis en preuve⁸⁰ même lorsque leur intégrité n'a pas été démontrée⁸¹.

Par exemple, les informations émanant de sites de cartographie tels Google Maps⁸² et générées par le site lui-même semblent recevoir l'aval des tribunaux⁸³, bien que certains décideurs considèrent toujours que les documents produits par ces outils « ne peuvent pas faire preuve de leur contenu et de la distance qu'il y a entre deux points ou endroits », sans que preuve ait été faite « de la fiabilité [du] site internet et de la manière dont les auteurs [du] site ont cumulé leurs informations. »⁸⁴. Cette préoccupation semble toutefois relativement isolée. En effet, des près de 150 décisions répertoriées où les contenus issus de services de cartographie en ligne

⁷⁹ *B.C. c. Loto-Québec*, 2011 QCCA 133, par. 56 et 58.

⁸⁰ Voir par exemple *Enercon Canada inc. c. Commission de la construction du Québec*, 2015 QCCRT 394, par. 171. Voir également *B.C. c. Loto-Québec*, préc., note 79, par. 56 et 58.

⁸¹ Notons que cette pratique est rendue possible par le second alinéa de l'article 2839 C.c.Q.: « Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve ». Sur la question de l'intégrité des documents, voir: Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers prop. intel.* 267.

⁸² <https://maps.google.com/>.

⁸³ Voir par exemple *Pomerleau c. Construction Mirabeau inc.*, 2013 QCCQ 14694, par. 16: « Tout d'abord, le Tribunal rejette les objections à la preuve qu'il prend sous réserve relatives aux photographies des lieux (pièces P-8 et P-8-A) et celle de la résidence de Mme Pomerleau en provenance du site Google Maps Canada (pièce D-5). Ces photographies sont pertinentes puisqu'elles décrivent l'état des lieux de telle sorte qu'elles aident le Tribunal à mieux comprendre le présent dossier ».

⁸⁴ *Joliette (Ville de) c. X*, 2010 QCCM 183, par. 83.

ont été soumis en preuve⁸⁵, une seule remet en question leur fiabilité⁸⁶. D'ailleurs, certains décideurs considèrent même que le recours à de tels outils serait de connaissance d'office⁸⁷. En effet, selon une décision ontarienne, «there is nothing wrong with a trial judge using Google maps or some other indisputably accurate source for the purpose of taking judicial notice of a notorius fact»⁸⁸. Notons toutefois que tous ne partagent pas cet avis et que certains juges préfèreront obtenir le consentement des parties pour recourir eux-mêmes à de tels outils :

Le juge a mentionné que pour 100 kilomètres, ils ne “passeront pas la journée là-dessus”. Il a demandé aux parties si elles l'autorisaient à consulter sur Google Map pour vérifier la distance. Il a offert à l'avocate du travailleur de suspendre afin qu'elle puisse discuter avec l'avocate de la CSST⁸⁹.

Évidemment, si ces outils s'avèrent utiles, encore faut-il s'en servir à bon escient. Sur ce point, deux erreurs récurrentes semblent limiter le poids accordé aux documents issus de services de cartographie en ligne. La première est liée à la temporalité des événements, alors que la seconde a trait aux comportements des parties.

D'abord, l'élément de temporalité est régulièrement soulevé pour s'objecter à l'admissibilité en preuve de tels contenus. Par exemple, dans

⁸⁵ L'engin de recherche de la plateforme CanLII répertorie 135 décisions québécoises se référant à Google Maps, ainsi que 13 décisions se référant à MapQuest.

⁸⁶ En effet, la décision *Joliette (Ville de) c. X*, préc., note 84, semble être la seule où la fiabilité de la plateforme était remise en question par le tribunal. Notons toutefois que, dans plusieurs cas, le dépôt de documents issus de Google Maps n'a fait l'objet d'aucune objection, voire même a été fait de consentement ou à la demande du juge.

⁸⁷ Voir *Landry c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du CSSSSL-CSN*, 2014 QCCQ 10554, par. 25 et *Montréal (Ville de) c. De Castris*, 2015 QCCM 275, par. 22. Notons toutefois que, dans cette dernière décision, c'est la situation géographique des lieux que le juge considère de connaissance judiciaire, l'autorisant donc à utiliser l'outil. Voir également *R. c. Calvert*, 2011 ONCA 379, citée dans *Mirabel (Ville de) c. Mihu*, 2016 QCCM 6, par. 31 et dans *R. c. Lamarche*, 2011 QCCQ 9386, par. 31. Voir finalement *R. v. Ghaleenovee*, 2015 ONSC 1707 où la cour fait un survol de l'ensemble des décisions au Canada anglais dans lesquelles il a été indiqué que Google Maps était de connaissance d'office.

⁸⁸ *R. v. Ghaleenovee*, préc., note 87, par. 1.

⁸⁹ *Geoffroy et Marché Lafrenière enr. (F)*, 2013 QCCLP 5122, par. 20.

l'affaire *Marcoux et Lab, société en commandite Black Lake*⁹⁰, la Commission des lésions professionnelles refusa d'admettre en preuve une image issue de l'outil Google Streetview puisque la contemporanéité de celle-ci aux gestes reprochés ne pouvait être établie. Comme le souligna alors la Commission :

la CSST devait faire la preuve de la date à laquelle cette photo fut prise. De toute évidence, cette information est essentielle pour juger de la pertinence du document. Ce motif, à lui seul, est suffisant pour ne pas admettre la photo en preuve⁹¹.

Sans être propre aux sites tels Googlemaps⁹², voire même aux documents technologiques de façon générale⁹³, cette cause d'inadmissibilité en preuve de documents – surtout d'éléments matériels⁹⁴ – semble être régulièrement soulevée dans le contexte de services de cartographie en ligne⁹⁵, invitant ainsi à la prudence et, surtout, à la prise de précautions dans la conservation des métadonnées⁹⁶ permettant d'identifier la date de mise en ligne de contenus issus de ces services⁹⁷.

Par ailleurs, il va de soi que ces outils permettent d'identifier la cartographie d'une région donnée, mais ne permettent pas de connaître l'état

⁹⁰ 2011 QCCLP 551.

⁹¹ *Id.*, par. 28.

⁹² En effet, ce même argument a également été utilisé pour écarter des contenus issus de Facebook. Voir par exemple *Plastiques Balcan Itée et Ahmadi*, préc., note 19, par. 42 et *Touchette c. Nordia inc.*, 2012 QCCRT 490, par. 82.

⁹³ En effet, ce même argument est également utilisé pour écarter des photographies imprimées. Voir par exemple *LSJPA — 0952*, 2009 QCCQ 12556, par. 167.

⁹⁴ Sur la question des éléments matériels de preuve comme documents technologiques, voir : N. W. VERMEYS, préc., note 11, p. 207 et suiv.

⁹⁵ Voir par exemple *Mirabel (Ville de) c. Mihi*, préc., note 87, par. 41 ; *Laval (Ville de) c. Comeau*, 2011 QCCM 253, par. 16 ; *Laval (Ville de) c. Belma*, 2013 QCCM 146, par. 27 ; *9023-6845 Québec inc. c. Mercier*, 2014 QCCS 3301, par. 37.

⁹⁶ « Donnée qui renseigne sur la nature de certaines autres données et qui permet ainsi leur utilisation pertinente. » Voir OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 63, « métadonnée », en ligne : http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8869869. Pour une décision traitant de ce type de données, voir : *Sécurité des Deux-Rives Itée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, préc., note 36.

⁹⁷ Sur cette question, voir : P. GINGRAS et N. W. VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : Qui et comment poursuivre ?*, préc., note 5, p. 62 et suiv.

des routes, la présence de chantiers de construction ou la formation de bouchons de circulation. En effet :

Cette référence, si elle peut donner un aperçu des distances parcourues, n'est pas précise non plus. Les distances affichées entre deux municipalités ne tiennent évidemment pas compte du déplacement réel ni du trajet effectivement parcouru. Ce sont des approximations qui peuvent toutefois fournir un aperçu global en l'absence de preuve plus fiable⁹⁸.

Le recours à des sites de cartographie pour établir le temps requis pour se déplacer entre deux points demeure donc critiquable bien que, encore une fois, régulièrement admis par les tribunaux.

Un autre service issu du Web ayant reçu l'approbation des tribunaux qu'il importe de mentionner est l'outil « Wayback Machine » rendu disponible sur le site archive.org⁹⁹. Tel que le site le précise :

The Internet Archive is a 501(c)(3) non-profit that was founded to build an Internet library. Its purposes include offering permanent access for researchers, historians, scholars, people with disabilities, and the general public to historical collections that exist in digital format¹⁰⁰.

Or, de l'avis de la Cour fédérale, « ce site d'archives est fiable et que la Cour pouvait compter sur sa bibliothèque numérique pour lui fournir une représentation exacte des sites Web en question durant la période considérée »¹⁰¹.

⁹⁸ *Ross c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2009 QCCQ 14009, par. 22. Notons que ce constat n'est pas propre aux sites de cartographie. D'autres sites reconnus comme étant des sources fiables ont été rejetés parce que peu éclairants quant aux faits et gestes du travailleur. Voir par exemple *Vadnais et Société de transport de Montréal*, 2014 QCCLP 5686, par. 59.

⁹⁹ Voir notamment *Candrug health solutions ltd. c. Thorkelson*, 2007 CF 411.

¹⁰⁰ Voir : « About the Internet Archive », en ligne : <https://archive.org/about/>.

¹⁰¹ *ITV Technologies, Inc. c. WIC Television Ltd.*, préc., note 74, par. 14. Voir également *1104559 Ontario Ltd. c. Home Hardware Stores Limited*, 2015 CF 566, par. 7 : « la preuve produite par la Wayback Machine indiquant l'état des sites Web dans le passé s'est avérée généralement fiable (voir *Candrug Health Solutions Inc v Thorkelson* (2007), 60 CPR (4th) (CF) infirmée pour d'autres motifs par 64 CPR (4th) 431 (CAF) ».



Bref, les sites et outils issus du Web, des lors qu'ils ne constituent finalement qu'une transposition en ligne de types d'ouvrages ou de services classiquement reconnus comme étant des références fiables (dictionnaires, encyclopédies, atlas¹⁰², traités scientifiques¹⁰³ ou historiques¹⁰⁴, etc.) semblent recevoir l'aval des tribunaux¹⁰⁵.

Conclusion

Sans surprise et tel que nous l'avons démontré, les contenus issus d'Internet sont de plus en plus couramment admis en preuve lors de litiges, y compris en matière de santé et sécurité au travail. Cette observation, laquelle semble évidente, est toutefois source d'inquiétudes pour plusieurs. Or, ces inquiétudes nous semblent mal fondées ou, plutôt, fondées sur les mauvaises préoccupations. En effet, c'est la fiabilité des sites Internet qui revient régulièrement comme principale source d'inquiétude¹⁰⁶. Pourtant, l'analyse effectuée nous a permis de constater, d'une part, que les contenus issus de telles sources font rarement l'objet de contestations, laissant donc croire que les parties ne ressentent pas cette même crainte¹⁰⁷. D'autre part, les décideurs ne sont pas dupes et continuent à refuser d'admettre en preuve des contenus dont ils doutent de la fiabilité, peu importe le médium utilisé¹⁰⁸. En autres mots, la manifestation numérique d'éléments de preuve ne semble avoir eu que peu d'incidences sur le traitement



¹⁰² *Mallios c. La Reine*, [1978] n° AZ-78022289, p. 7 (C.S.), citée notamment dans *Québec (Ville de) c. Simard*, 2013 QCCM 208, par. 38 et *Québec (Ville de) c. Légaré*, 2015 QCCM 200, par. 31, etc. En fait, plus d'une trentaine de décisions municipales citent l'affaire *Mallios* pour autoriser, en l'occurrence, la prise de connaissance d'office de tels documents.

¹⁰³ Les règles d'admissibilité de ces types d'ouvrages sont notamment énoncées dans l'arrêt *R. c. Marquard*, préc., note 77. Notons toutefois que leur admissibilité est reconnue plus largement devant certains tribunaux administratifs. Voir par exemple *Médiatech inc. et Soccio*, 2014 QCCLP 1101, par. 74.

¹⁰⁴ *R. c. Sioui*, [1990] 1 RCS 1025.

¹⁰⁵ Voir *R. c. Diop*, 2012 QCCM 212, par. 112.

¹⁰⁶ Voir par exemple *B.C. c. Loto-Québec*, préc., note 79.

¹⁰⁷ Voir notamment *Paquet c. St-Laurent*, 2012 QCCQ 6508, par. 4 et *Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ, section locale 3535) c. Société des alcools du Québec (Logistique & distribution)*, préc., note 13, par. 40.

¹⁰⁸ Voir par exemple *Entretien 4M inc.*, préc., note 62, par. 62. Voir également *Livenais et Atelier BFR inc.*, préc., note 62, par. 23 et *College of Dietitians of Alberta c.*



réservé à ceux-ci et c'est bien tant mieux, d'autant qu'un tel constat cadre parfaitement avec la notion d'équivalence fonctionnelle prévue notamment à l'article 5 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* :

La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.

Le second alinéa de ce même article vient toutefois identifier le véritable risque lié à l'admissibilité en preuve de contenus issus d'Internet, souvent ignoré ou éclipsé par les tribunaux, à savoir que l'intégrité du document doit «être assurée»¹⁰⁹. Rappelons que la notion d'intégrité renvoie à l'idée qu'une information n'a pas été altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité¹¹⁰.

La fiabilité d'une source n'a donc rien à voir avec l'intégrité d'un contenu¹¹¹. Un ouvrage réputé, qu'il soit sur support papier ou technologique, peut faire l'objet de citations prises hors-contexte, voire même être l'objet de falsifications. Malheureusement, fiabilité de la source et intégrité du contenu semblent parfois être confondus¹¹².

La même confusion paraît régner entre fiabilité du support et intégrité du contenu, confusion issue notamment de deux interprétations distinctes de l'article 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, lequel précise que :

Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

3393291 *Canada Inc. (Collège spécialisé en nutrition naturelle)*, préc., note 62, par. 33.

¹⁰⁹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 4, art. 5.

¹¹⁰ *Id.*, art. 6.

¹¹¹ Sur cette distinction, voir : Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, p. 310.

¹¹² Voir *Medicoff c. Tremblant Sunstar*, 2008 QCCQ 12795, par. 30. Voir également *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363, par. 47.



Si certains voient en cette disposition une exemption de démontrer l'intégrité de tout document technologique sauf en cas de contestation¹¹³ – ce qui nous semble pourtant contraire à la lettre de l'article 2838 (C.c.Q.¹¹⁴), d'autres y voient plutôt un simple échappatoire quant à la preuve du fonctionnement d'une technologie donnée¹¹⁵ : nul n'est besoin de démontrer que la technologie *Portable Document Format* (PDF) permet de générer des documents intègres, simplement que le document PDF soumis n'a fait l'objet d'aucune modification.

Évidemment, comme les tribunaux administratifs disposent « d'une plus grande latitude qu'un tribunal judiciaire en matière de preuve »¹¹⁶, leur laissant ainsi le loisir de ne pas suivre « en matière de procédure et de preuve le formalisme savant des tribunaux judiciaires »¹¹⁷, certains décideurs seront tentés de simplement ignorer cette problématique et de se fier au seul critère de fiabilité. Pourtant, l'intégrité étant si intrinsèquement liée à la valeur juridique des documents technologique en vertu de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, ignorer ce critère fondamental d'admissibilité en preuve nous semble mal indiqué, pour ne pas dire contraire à l'équité procédurale...



¹¹³ Voir par exemple Claude FABIEN, « La preuve par document électronique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 573 ; L. DUCHARME, préc., note 49, n° 191 ; Donald BÉCHARD, *Manuel de l'objection*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009. En jurisprudence, voir notamment *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, préc., note 12, par. 24 ; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, par. 120 ; *Vandal c. Salvas*, préc., note 35, par. 22. Voir également *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, préc., note 112, par. 67.

¹¹⁴ « Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée. »

¹¹⁵ Voir notamment François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 137 ; Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 46 ; V. GAUTRAIS, préc., note 111, p. 143 ; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit criminel 2008*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la page 13.

¹¹⁶ Yves OUELLET, *Les tribunaux administratifs au Canada. Preuve et procédure*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 267.

¹¹⁷ *Id.*, p. 267.





Le droit du développement durable à l'aune de la preuve : le contexte international

Laurent Fonbaustier*

*« Je ne crois qu'aux histoires
dont les témoins se feraient égorger. »*

Blaise Pascal

Introduction

Le problème de la preuve déstabilise souvent l'opposition comme la jonction du fait et du droit. On a en effet parfois du mal à faire entrer au prétoire, par son entremise, des situations qui semblent avérées, quand certains éléments en apparence probants ont pu et peuvent être versés au crédit de faits partiellement imaginaires. Le fait, pour le coup, est suffisamment connu en droit international, dans des périodes encore récentes¹... Notre intervention, moins massive que les armes de destruction éponymes, ne saurait cependant avoir pour objet la taraudante question des « forces imaginantes » ou des impensés au service d'un système de preuve, et nous avons suffisamment eu l'occasion, pendant la première partie de la journée, d'aborder ou d'effleurer « les doutes et les tours » méthodologiques et épistémologiques de la preuve en droit pour qu'il ne soit point indispensable d'y revenir.

* Professeur agrégé des facultés de droit, Université Paris-Sud.

¹ Sur ce point, on ne peut que renvoyer, sans souci polémique particulier, à la « fabrique des armes de destruction massive » dans la doctrine internationale américaine au début des années 2000. Le rapport de 2002 émanant des services américains eux-mêmes affirme que l'utilisation par Saddam Hussein d'armes de destruction massive est « peu probable » (selon les termes de l'assistant au secrétaire d'État au renseignement).

Mais même en «réduisant la voile», on perçoit vite que le triptyque droit international public, développement durable et preuve renferme, quand on le dépl(o)ie, une multitude de problématiques. Recentré sur le pilier «environnemental» du développement durable, le sujet apparaît immédiatement dans sa fécondité : les questions d'environnement sont en effet montées en puissance depuis quelques décennies en droit international, dans le sillage d'une prise de conscience générale et au long cours, ou à la faveur de catastrophes réelles ou menaçantes (qu'elles soient naturelles ou technologiques). Et l'intrusion des problèmes environnementaux, à l'échelle supranationale (entre deux États ou à un niveau plus global, mondial), bouscule nos habitudes de pensée. Si les concepts fondamentaux du droit international public et des relations internationales sont ébranlés par l'émergence de différends liés à l'environnement, le «droit de la preuve» semble lui aussi pouvoir être interrogé par ces nouvelles perspectives.

Parmi la myriade de questions taraudantes, on pourrait en isoler quelques-unes, fécondes si on parvenait à y répondre. Nos réflexions sur la preuve en droit international de l'environnement croisent au demeurant certains phénomènes complexes, parmi lesquels on retrouve, par exemple et pour n'en citer que quelques-uns : sur le plan casuistique mais comme toujours, l'irréductible question de la part du contexte dans nos affaires de preuve ; celle du degré de particularité de la problématique de la preuve tout à la fois en droit international et en matière d'environnement ; celle, encore, de la stratégie, différenciée et à géométrie variable, des acteurs étatiques et juridictionnels ; celle, très prégnante, de la montée en puissance, indéniable, du principe ou de la logique de précaution, qui n'est pas sans effet sur la manière de penser les procédures et les modalités de la preuve ; celle, enfin, de la position d'un juge dont on se demandera s'il peut sérieusement «garder la main» sur l'établissement de la preuve dans des domaines très techniques, tout à la fois face aux États et aux scientifiques et experts².

Car c'est bien là l'une des données de notre problématique : la preuve en droit (international) de l'environnement est prise entre la science et le

² Ève TRUILHÉ-MARENGO, «La preuve entre science et droit», dans Ève TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, coll. «Droit des technologies», Bruxelles, Larcier, 2012, p. 28. Mes très chaleureux remerciements sont adressés à Ève pour la transmission d'un certain nombre de documents liés à cette communication.

droit. Voilà qui complique presque mécaniquement la tâche des parties et des juges, au-delà même des nouveaux concepts dont cette branche du droit international public est assez friande. Ces derniers ne manquent pas, de l'Organisation mondiale du commerce (OMC et ses organes de règlement des différends) au Tribunal international du droit de la mer (TIDM) en passant par la Cour internationale de Justice (CIJ), de pointer, dans les affaires contentieuses ou à l'occasion d'avis sollicités, les particularités de ces différends environnementaux autant que la complexité (multi-factorialisme, effets cocktails, etc.) régulièrement à l'œuvre dans la survenance des dommages écologiques. Par exemple, dans un fameux arrêt³, rendu en 2010 dans l'affaire opposant l'Argentine à l'Uruguay (*Usines de pâte à papier sur l'Uruguay*⁴), la Cour internationale de Justice a souligné les « volumineuses et complexes informations qui lui furent soumises » pendant le procès⁵. La suite est néanmoins plus grise. Les implications dont le principe de précaution est porteur sont en effet pour l'heure encore freinées par des considérations institutionnelles générales et des facteurs intrinsèques conduisant à un bilan mitigé (pour faire dans l'euphémisme...). Nous voudrions donc insister ici, moins sur la description de systèmes variés et incertains, au demeurant, que sur les contraintes qui s'exercent sur le droit de la preuve dans les différends environnementaux, en centrant d'ailleurs notre propos sur quelques affaires, notamment jugées par la Cour internationale de Justice, qu'on peut considérer comme emblématiques.

L'esprit ne connaît pas de plan, écrivait en substance Antonin Artaud⁶. Nous fuirons donc, par respect pour nos cousins québécois, l'exposé jardiné « à la française », pour avancer en quelques blocs, peut-être de manière plus libre, en tentant de rester cohérent mais sans souci particulier de formalisme.

1. Au titre des généralités, commençons par rappeler qu'en droit international public, dans une grande majorité de conventions bi- ou multilatérales, les éléments de droit visant à fixer la manière dont les faits (par

³ Suffisamment topique et encore assez récent pour qu'on revendique de s'appuyer sur lui régulièrement au fil des pages.

⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15878.pdf> (consulté le 9 novembre 2015).

⁵ *Id.*, par. 168.

⁶ *Correspondance avec Jacques Rivière*, lettre du 5 juin 1923, Gallimard, 1957.

exemple de pollution, de catastrophe naturelle ou technologique) seront établis font régulièrement défaut. Plus précisément, il est rare qu'un système étroit et obligatoire s'impose. C'est vrai, par exemple, lorsqu'on lit le Statut et le Règlement de la CIJ, et tout autant lorsqu'on feuillette le Mémoire d'accord concernant le règlement des différends de l'OMC⁷. Par conséquent, si des indications et suggestions existent bien, un renvoi à la pratique des relations internationales (principes, coutumes, etc.) ou à l'office de l'organe compétent est souvent implicitement fait. Il paraît donc difficile de systématiser certains procédés d'obtention, de validation ou d'établissement des preuves, chaque convention dédiée (protection maritime, OGM, nucléaire, etc.), y compris les contentieux qu'elle peut susciter, pouvant correspondre à des manières de faire contrastées. Si la question de la preuve des actes juridiques ne semble pas soulever (trop) de difficultés particulières, celle de la preuve de faits générateurs de nuisances, de pollutions et autres catastrophes est délicate. Elle constitue d'ailleurs une spécificité, certes non exclusive, du droit international de l'environnement.

2. Vers la précaution et impact sur le système de preuve. Ne négligeons pas le fait que le droit international reconnaît depuis quelques décennies le caractère coutumier de l'obligation en vertu de laquelle les États doivent prévenir les dommages environnementaux. Il s'agit là d'un principe général, qui remonte au moins à la Sentence arbitrale du 11 mars 1941 (*Fonderie du Trail*)⁸ dans l'affaire opposant les États-Unis et le Canada. Mais à la différence des périodes précédentes, où les États devaient respecter l'environnement des autres États, depuis cette affaire, ils ne doivent plus aujourd'hui leur causer un préjudice sensible. Et l'obligation positive (celle de respecter l'environnement) devient une obligation de s'abstenir (ne pas causer de dommage environnemental). Or, intuitivement ou à grand renfort de lectures et de réflexions, nous savons que la question des « preuves négatives », lorsqu'il s'agit d'établir des faits ou

⁷ Son article 12, par exemple, n'aborde pas le sujet, alors qu'il est relatif aux règles de procédure. Voir sur ce point l'excellent article de Ève TRUILHÉ-MARENGO avec la collab. de Kerry ALLBEURY, « La preuve dans le règlement des différends à l'OMC : applications possibles en matière d'OGM », dans Jacques BOURRINET et Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le commerce international des OGM*, coll. « Monde européen et international », Paris, La Documentation française, 2002, p. 285.

⁸ *Affaire Fonderie du Trail (Canada c. États-Unis)*, N.U., 11 mars 1941, RSA III, p. 1907.

des liens de causalité, soulève traditionnellement un certain nombre de difficultés.

En droit international de l'environnement, l'appréciation des faits est, il est vrai, généralement caractérisée par une technicité parfois redoutable. Pour n'évoquer implicitement que quelques-unes des affaires environnementales dont la CIJ a eu à connaître (et on imagine « l'a fortiori » pour les différends portés devant des organes spécialisés...), la résolution du conflit nécessitait souvent une compétence précise dans des matières scientifiques parfois aussi diverses que la chimie, l'éco-toxicologie, la biologie, l'hydrologie, la pédologie ou la géologie, quand n'était pas en cause, on y pense presque spontanément, la physique nucléaire... L'irruption de ces matières devant les juges, si elle les rend partiellement dépendants de scientifiques et d'experts⁹, s'accompagne également d'une exigence réelle quant à la « clairvoyance méthodologique ». Au passage, et bien qu'il ne s'agisse pas là du cœur de la question, on soulignera qu'en doctrine, certains auteurs militent pour une forme de spécialisation technique des juges internationaux en la matière, comme elle existe déjà dans certains États pour le traitement des contentieux environnementaux (on pense au Brésil¹⁰). C'est d'ailleurs en partie cette raison qui a poussé la Cour à créer en son sein, en 1993, une Chambre spéciale pour les questions d'environnement¹¹, nous y reviendrons. Il faut ici souligner un autre et important élément de complexité, qui tient au fait que très souvent, les affaires d'environnement renvoient à une certaine « asymétrie » ou « dyssymétrie » des informations détenues¹². Les parties sont en effet fréquemment placées dans une situation d'inégalité pour la recherche des éléments de preuve, notamment dans des différends interétatiques portant sur les effets négatifs, avérés ou potentiels, d'une activité, d'une construction ou d'un projet autorisé par un État. Quand un conflit porte sur l'évaluation d'un risque de préjudice, les informations sont alors en effet presque

⁹ Laurent LUCCHINI, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières », A.F.D.I. 1999.45.724.

¹⁰ On pourra prochainement consulter la thèse de Patricia Antunes Laydner sur la question de la spécialisation des juges en matière environnementale, approche comparée France-Brésil, soutenue le 7 novembre 2016 sous notre direction.

¹¹ 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/Slovaquie) », A.F.D.I. 1997.43.287.

¹² Laurent LUCCHINI, préc., note 9, 729.

entièrement détenues sur le territoire et/ou par les autorités de l'État défendeur. Comme l'a relevé le Professeur Alain Pellet dans sa plaidoirie pour l'Argentine (dans l'affaire déjà évoquée des *Usines de pâte à papier* l'opposant à l'Uruguay), « ce dernier [l'État défendeur] jouit de la plénitude [...] des compétences étatiques, ce qui veut dire en clair que c'est ce pays qui bénéficie, sinon de l'exclusivité des preuves factuelles, du moins d'un accès très privilégié à celles-ci »¹³. Une fois encore, il ne s'agit certes pas là d'une spécificité exclusive, mais elle est néanmoins remarquable et notable en droit de l'environnement.

Il convient, encore et enfin, de préciser que du point de vue de la preuve, il existe une échelle des contraintes, gradation à laquelle il a été fait allusion dans la journée : la démonstration d'un dommage survenu ne renvoie pas aux mêmes difficultés que celles liées à un dommage potentiel, incertain dans sa réalisation, ou, plus délicat encore, que celles inhérentes à un risque de dommage dont on ne sait pas s'il existe (ce n'est plus alors l'aléa de sa réalisation qui fait ici problème, mais l'incertitude pesant sur son existence même...¹⁴). Encore passons-nous sous silence les effets potentiellement dévastateurs du paradoxe sorite (à partir de combien de grains de sable a-t-on un tas ou avec combien de cheveux n'est-on plus chauve... ?) dans nos affaires, lorsque les textes exigent que soit apportée la preuve de dommages « graves » ou « d'incidences significatives » sur l'environnement. On voit ou devine l'étendue des questions à résoudre, pour l'expert comme pour le juge.

3. Or, si l'on considère la dizaine d'affaires principales (pour rester dans un ordre de grandeur) réglées devant la CIJ en matière environnementale, on constate une posture ambiguë, pour ne pas dire en retrait, de l'instance juridictionnelle dans l'administration de la preuve.

La perplexité des instances internationales de contrôle et de jugement en matière de preuve dans les différends environnementaux est en effet quasiment une constante. On notera d'abord que la CIJ ne tire pas souvent les conséquences du pourtant nécessaire équilibre entre les Parties (répartition du fardeau) dans des différends environnementaux impli-

¹³ Cour internationale de justice, *Audience publique tenue le lundi 28 septembre 2009, à 15h45, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Doc. N.U. CR/2009/20, p. 21 et 22.

¹⁴ Classique critère, en tout cas en droit interne, de distinction entre la prévention et la précaution...

quant le principe de précaution. Un petit détour nous semble nécessaire ici¹⁵ : l'approche de précaution peut être interprétée, en droit international public, comme imposant aux parties deux obligations symétriques : pour l'une d'elles, convaincre de l'innocuité d'un ouvrage, d'un projet ou d'une activité ; pour l'autre partie, de sa nocivité. Dans un contentieux opposant deux États, on peut s'en tenir à des principes classiques du droit international (et plus généralement d'ailleurs), en vertu desquels la charge de la preuve incombe au demandeur (*onus probandi incumbit actori*). Le principe de précaution, lui, devrait avoir un impact sur la preuve, dans la mesure où pour établir la violation d'une obligation positive, il ne devrait pas être exigé du demandeur qu'il prouve l'existence d'un risque de dommage grave et irréversible, mais seulement qu'il apporte la preuve que l'État défendeur n'a, volontairement ou non d'ailleurs, pas mis en place les procédures qu'on pourrait raisonnablement exiger de lui, et qui seules permettraient une correcte évaluation des risques (d'où, au passage, l'énorme importance du sérieux des études d'impact..., qui constituent ce qu'on pourrait appeler ici un avatar de « commencement de preuve », au moins d'une bonne foi ou d'une logique de coopération, à défaut de mieux, de la part du ou des États). Certes, la Cour reconnaît parfois la pertinence d'une logique de précaution, qui pourrait avoir pour conséquence de partager (voire de renverser) la charge de la preuve. La doctrine, en droit international, défend en effet régulièrement cette conception¹⁶, et les juges eux-mêmes peuvent d'ailleurs la partager (nous renvoyons par exemple aux opinions dissidente ou individuelle du juge Laing dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* opposant la Nouvelle-Zélande et l'Australie au Japon¹⁷ en 1999, ou du juge Wolfrum dans l'affaire de *l'Usine Mox* où

¹⁵ Que soit ici remercié le professeur Yann Kerbrat, pour le caractère très éclairant de échanges que nous avons eus avec lui.

¹⁶ Julien CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, Paris/Louvain-la-Neuve, L.G.D.J./Anthémis, 2006, p. 413 ; Makane Moïse MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, Pedone, 2009, p. 242-248.

¹⁷ *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, ordonnance du 27 août 1999 (Tribunal international du droit de la mer), opinion individuelle du juge Laing, par. 14, en ligne : https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Separate.Laing.27.08.99.F.pdf : la logique de précaution a pour effet « d'imposer la charge de la preuve à l'État qui exerce un contrôle sur le territoire sur lequel le dommage aurait été causé ou à l'auteur de l'acte ».

l'Irlande était face au Royaume-Uni¹⁸ en 2001). À l'arrivée, le principe de précaution devrait donc pouvoir, à défaut d'un pur renversement, justifier une répartition (plus) équitable du fardeau de la preuve, en pivotant, notamment, autour des différentes études d'impact produites par les Parties. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour reconnaît d'ailleurs l'obligation pour le défendeur de « coopérer à l'établissement de la vérité ». Le demandeur doit certes naturellement commencer par soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse, mais cela ne signifie pas pour autant que le défendeur ne devrait pas « coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession, susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie »¹⁹. Et en droit international de l'environnement, particulièrement lorsqu'ont vocation à s'appliquer les principes de prévention ou de précaution, certains documents que les États doivent établir ou présenter revêtent une importance toute particulière : l'étude d'impact (d'un projet, d'un ouvrage, d'une activité sur l'environnement) est de ceux là. Et l'on conçoit tout à fait que certaines fragilités ou insuffisances présentées par l'étude puissent ou pourraient permettre, *prima facie*, d'attester le non-respect par un État de ses obligations.

Pourtant, la CIJ semble ne tirer le plus souvent aucune (ou que peu de) conséquence(s) des effets raisonnables d'une logique de précaution sur le contenu ou le poids de la preuve qui devait être en l'espèce supporté par chacune des parties. C'est particulièrement net dans l'affaire opposant l'Argentine à l'Uruguay, où la Cour reste étonnamment silen-

¹⁸ Il reprend cette conception dans son opinion individuelle dans l'*Affaire de l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)*, ordonnance du 3 décembre 2001 (Tribunal international du droit de la mer), en ligne : https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/sep.op.Wolfrum.F.orig.pdf : « il n'y a pas d'accord général quant aux conséquences de l'application de ce principe, si ce n'est que la charge de la preuve concernant l'impact possible d'une activité donnée est renversée. Il appartient à l'État qui désire entreprendre ou poursuivre une activité particulière de prouver que celle-ci ne causera aucun dommage, et non à l'autre partie de prouver qu'elle en causera ». C'est aussi ce qu'affirme le juge Zupancic dans une opinion concordante sous l'arrêt de la CEDH *Bacila c. Roumanie*, n° 19234/04, par. 4 de l'opinion, 30 mars 2011 : « le principe de précaution n'a d'autre finalité qu'un simple renversement de la charge de la preuve... ».

¹⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 4, par. 163.

cieuse²⁰. Pourtant, la mauvaise qualité de l'étude d'impact produite par l'État uruguayen, d'ailleurs soulignée par l'Argentine et admise par la Cour, aurait pu ou dû, nous semble-t-il, faire peser sur le premier la charge de la preuve et donc d'une démonstration du contraire²¹. Or, en l'espèce, la Cour va se contenter d'une appréciation très superficielle des documents qui lui avaient été soumis et elle ne va finalement pas se prononcer à partir de ces pièces, mais sur d'autres fondements. La Cour rejette sur le fond les allégations de l'Argentine, notamment pour absence de preuve suffisante sur quatre points différents, tirés de la violation du Statut du fleuve Uruguay du 26 février 1975, accord bilatéral passé entre les deux États voisins²². Pour établir la violation de cette obligation positive, il ne devrait pas être exigé du demandeur qu'il prouve l'existence d'un risque grave et irréversible, mais seulement qu'il rapporte la preuve que l'État défendeur n'a pas mis en place les procédures que l'on pourrait raisonnablement exiger de lui et qui auraient justement permis d'évaluer correctement ce risque²³. Donc, pour résumer, la Cour est d'une part souvent discrète sur le contenu et sur le poids de la preuve en contexte de précaution mais elle se livre d'autre part à une analyse gênée et souvent superficielle des documents à elles transmis. Cette question de la charge de la preuve entre en résonance avec une autre difficulté majeure, intimement liée, qu'on rencontre lors des contentieux environnementaux, sur laquelle nous souhaiterions nous arrêter un instant car elle est au cœur du sujet.

Certaines affaires, dont la technicité certes le justifie, illustrent bien les problèmes soulevés par la présence d'experts dans le contentieux

²⁰ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay) », R.G.D.I.P. 2011.1.66.

²¹ *Id.*, 68.

²² *Statut du fleuve Uruguay*, Urug./Arg., 26 février 1975, (1982) 1295 R.T.N.U. 331 (n° 21425), 348 (l'article 60 fondant la compétence de la CIJ). La Cour considère (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), préc., note 4, par. 265) que l'Argentine ne parvient pas, en effet et notamment, à démontrer la violation par l'Uruguay de son obligation de veiller à ce que la gestion du sol et des forêts ne cause pas un préjudice au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux. Elle ne prouve pas davantage la méconnaissance de l'obligation uruguayenne de coordonner les mesures permettant d'éviter une modification de l'équilibre écologique, de préserver le milieu aquatique et d'empêcher la pollution.

²³ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 19, 66.

international de l'environnement. La participation de scientifiques et d'experts est certes essentielle quand une juridiction doit apprécier l'existence, l'étendue et les conséquences d'un dommage écologique ou évaluer les risques de sa survenue²⁴.

Mais le premier effet remarquable, et à certains égards paradoxal, de la présence des experts est qu'elle contribue à « complexifier » le travail des juges qui, comme le souligne la Cour dans l'arrêt sur les *Usines de pâte à papier*, doivent déterminer, dans le maquis des analyses souvent très techniques et parfois contradictoires qui sont produites par les parties, « quels faits sont à prendre en considération, afin d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées »²⁵. La juridiction peut alors être tentée de contourner l'obstacle. Dans la célèbre affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), opposant la Hongrie à la Slovaquie à propos d'un projet de construction d'un barrage sur le Danube²⁶, chacune des parties avait produit « un impressionnant matériel de nature scientifique ». La Cour internationale de Justice elle-même avait alors fait remarquer qu'elle n'avait jamais examiné les problèmes écologiques avec autant de profondeur²⁷. Pourtant, les juges avaient trouvé un biais pour ne pas trancher entre les conclusions opposées ou contradictoires des experts au moment de qualifier le péril et de savoir s'il était bien réel, grave et imminent. Plus précisément, les juges reconnurent alors avoir « étudié très attentivement ce matériel », mais, ce qui peut choquer, qu'il ne lui était pas nécessaire de répondre aux questions posées par les parties pour déterminer lequel des points de vue était scientifiquement le plus solide²⁸. Et si, dans certaines affaires plus récentes, la CIJ évolue et accepte de confronter les éléments de preuve produits par les parties, ce qui témoigne d'un indéniable progrès, les résultats sont néanmoins souvent

²⁴ *Id.*, 68.

²⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 4, par. 168.

²⁶ L'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, est un litige interétatique relatif à la construction et à l'exploitation de différents barrages situés sur le Danube. Le cas fut porté conjointement par la Hongrie et la Slovaquie devant la Cour internationale de justice en 1993. La Cour a rendu un premier arrêt le 25 septembre 1997. La Slovaquie a demandé un arrêt supplémentaire dès 1998.

²⁷ Cour internationale de justice, *Communiqué de presse non officiel n° 1997/9* (19 septembre 1997). Voir également Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 10, 286.

²⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, préc., note 25, par. 54.

décevants car la Cour n'en prend généralement pas prétexte pour accroître son indispensable et légitime pouvoir d'enquête²⁹. Légitime, car les juges devraient pouvoir, avant de trancher, disposer d'informations impartiales, fiables et complètes sur la situation concernée.

Alors que les experts devraient contribuer à la manifestation de la vérité, leurs présence et activité (quand il ne s'agit pas de leur activisme...) peuvent conduire les juges, avant même d'éviter la noyade sous des flots de rapports, d'études et d'expertise, à retarder les décisions de fond et à s'interroger sur (et interroger la) notion d'expert « indépendant » mandaté par les Parties. Le ver semble être dans le fruit dès lors qu'en lieu et place d'un système international fiable d'agrément et d'une liste d'experts indépendants elle-même établie (peut-on le penser)... en toute indépendance, les juges sont régulièrement confrontés à des experts, témoins, conseils, en évident lien de subordination ou en situation de conflit d'intérêt. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, visiblement, ni les fonctionnaires et agents du ministère de l'environnement uruguayen intervenus dans la procédure, ni la SFI (Société financière internationale aux intérêts très largement confondus avec ceux de l'Uruguay³⁰), ne pouvaient être reconnus comme authentiquement indépendants³¹. Outre les difficultés éthiques et juridiques ainsi rencontrées, les hésitations de la Cour, dans une position ambiguë, s'ajoutent à d'innombrables autres facteurs pour, finalement, ralentir considérablement les procédures³².

Dans l'affaire opposant l'Argentine à l'Uruguay, on y revient encore parce qu'elle est très éclairante, la CIJ énonce explicitement qu'elle « aurait jugé plus utile » que les Parties, au lieu de faire intervenir à l'audience

²⁹ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 19, 69. Voir *infra*, sur les statut et règlement de la CIJ.

³⁰ Selon Laurence Boisson de Chazournes, évoquée dans la plaidoirie de Paul Reichler : Cour internationale de justice, *Audience publique tenue le jeudi 24 septembre 2004, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Doc. N.U. CR 2009/19, p. 33 et suiv.

³¹ Cette dernière, en tant que bailleur de fond, avait en effet un intérêt personnel à ce que le projet soit réalisé. En cette affaire, l'indépendance ne pouvait être en réalité reconnue qu'à trois universitaires (MM. Colombo et Wheeler, pour le demandeur, et M. Menzie, pour le défendeur).

³² L'observation du rythme des procédures devant la CIJ est édifiante : combien d'années, voire de décennies, s'écoulent parfois entre l'introduction d'une première requête et l'arrêt définitif de la Cour...

leurs experts en qualité de conseils, les présentent en tant que témoins-experts (en vertu des articles 57 et 64 du Règlement de la Cour, arrêt précité, § 167). C'est une position assez générale de la Cour, et au delà d'ailleurs, pour qui les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire en qualité d'experts ou de témoins, voire à ces deux titres simultanément³³. La nuance est en effet de taille (comme l'a relevé le juge Greenwood dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, § 27). À la différence des experts-conseils, les experts-témoins prêtent serment en vertu de l'article 64 du Règlement CIJ (quand les seconds n'y sont pas tenus), ce qui signifie qu'ils interviennent en tant qu'auxiliaires de justice, et non pas comme représentants des parties. Surtout, les témoins, même experts, font l'objet d'un interrogatoire croisé (*cross-examination*) de la part des Parties. Ce mécanisme paraît essentiel dans la mesure où, aidés par ce débat contradictoire, les juges sont ainsi mieux à même d'appréhender les enjeux et de percevoir les qualités, mais également les limites et les lacunes des rapports d'expertise ainsi produits, la soumission de chaque expert aux critiques de l'autre Partie permettant de mettre au jour un certain nombre de faiblesses ou de contradictions. La Cour ne fait que confirmer ici la préférence qu'elle avait affichée déjà en 2005 dans l'affaire des activités armées au Congo (*Ouganda contre Congo*, § 61)³⁴, puis confirmée en 2007 (dans un arrêt *Bosnie-Herzégovine contre Serbie-Monténégro*, § 213)³⁵. Dans son arrêt de 2005, la Cour souligna à l'époque qu'une « attention toute particulière mérite d'être prêtée aux éléments de preuve obtenus par l'audition d'individus concernés et soumis à un contre-interrogatoire par des juges rompus à l'examen et à l'appréciation de grandes quantités d'informations factuelles, parfois de nature technique » (*ibid.*, § 61). Pour l'anecdote, il faut savoir que dans l'affaire de 2010, relative au fleuve Uruguay, la Cour va égratigner au passage le point de vue de l'Argentine, qui lors des plaidoiries avait affirmé assez curieusement

³³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 4, par. 167.

³⁴ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf> (consulté le 9 novembre 2015).

³⁵ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf> (consulté le 9 novembre 2015).

que le système d'interrogatoire croisé ne serait pas praticable, compte tenu notamment du nombre des juges et du temps accordé à la phase orale.

Dans les grands (et rares) différends intéressant l'environnement portés devant elle, on sent la Cour très encline à la stratégie d'évitement et finalement peu portée sur l'inquisitoire. Certes, dans la fameuse affaire du barrage sur le Danube de 1997, opposant la Hongrie à la Slovaquie, la Cour avait décidé « d'exercer ses fonctions relatives à l'établissement des preuves en se rendant sur les lieux »³⁶. Mais précisons que c'était la première fois depuis l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, qui remontait alors... à une soixantaine d'années³⁷. Et en réalité, la Cour estime de manière récurrente inutile de s'engager dans un débat général sur la valeur, la portée et la fiabilité ou l'autorité des documents et études produits par les Parties³⁸, tout en affirmant dans le même temps et sans complexe³⁹ qu'elle se prononcera sur les faits et en se fondant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés⁴⁰.

Et pourtant, en vertu de ses statuts et de son règlement mêmes, la CIJ dispose d'un arsenal lui permettant en principe de faire face, sur ce terrain, aux résistances ou à la mauvaise foi des États. On se souviendra tout d'abord du fait qu'en vertu de l'article 38 de son Statut, la Cour peut appliquer la coutume internationale en tant que preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit⁴¹. Elle peut ensuite soit exiger des

³⁶ Visite effectuée début avril 1997 (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, ordonnance du 5 février 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 3, à la page 4). Sur ce point, voir Jean-Marc THOUVENIN, « La descente de la CIJ sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros », A.F.D.I. 1997.43.333.

³⁷ *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, C.P.J.I. Recueil (série A/B), n° 70, p. 4 (28 juin 1937), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_70/01_Meuse_Arret.pdf (consulté le 9 novembre 2015).

³⁸ Voir par exemple, affaire des *Usines de pâte à papier*, préc., note 4, par. 168.

³⁹ Les juges Al-Khasawneh et Simma, dans une opinion dissidente qui fit grand bruit, ont critiqué cette incohérence et rappelé que la Cour disposait de moyens procéduraux lui permettant de renforcer la démonstration des faits (par. 7 de l'opinion jointe à l'arrêt).

⁴⁰ *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 4, par. 168.

⁴¹ Voir également l'article 44 dudit Statut : « 1. Pour toute notification à faire à d'autres personnes que les agents, conseils et avocats, la Cour s'adresse directement au gouvernement de l'État sur le territoire duquel la notification doit produire effet. 2. Il en

États la production d'éléments complémentaires ou manquants, s'ils apparaissent comme nécessaires à la compréhension de l'affaire (article 62 du Règlement de la Cour⁴²), soit recourir à une source extérieure et confier une enquête ou une expertise à une personne, un bureau, une commission, un corps ou tout organe de son choix (article 50 de son Statut⁴³). Des outils variés, en théorie libres d'emploi, existent donc au bénéfice de la Cour. Or, elle se contente généralement de remontrances aux Parties ou de regrets, n'acceptant de recourir à ces instruments à disposition... qu'à la demande des États ou avec leur accord⁴⁴. Il n'est pas certain, comme a pu l'écrire Laurent Lucchini, que le droit y trouve ici son compte⁴⁵.

4. L'attitude générale de la Cour sur la question de la preuve doit être alors interrogée. Globalement, le vocabulaire des auteurs commentant les arrêts de la Cour peut varier, allant d'un sentiment de frustration à l'amertume, en passant par de franches critiques. On peut en tout cas parler semble-t-il d'une timidité, d'un manque d'audace voire d'une excessive prudence des juges dans leur attitude face à la preuve. Pour ne citer que quelques formulations, la Cour «botte en touche», «contourne les difficultés», «biaise», «court-circuite», «fait fi de», quand elle ne se contente pas d'informations lacunaires et/ou contradictoires⁴⁶ ou d'éléments de preuve fragiles⁴⁷. Et, renonçant à l'emploi des armes, n'utilisant pas les moyens à

est de même s'il s'agit de faire procéder sur place à l'établissement de tous moyens de preuve».

⁴² Article 62 du *Règlement de la Cour internationale de Justice* : « 1. La Cour peut à tout moment inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires pour préciser tout aspect des problèmes en cause ou peut elle-même chercher à obtenir d'autres renseignements à cette fin. 2. La Cour peut, s'il y a lieu, faire déposer un témoin ou un expert pendant la procédure ».

⁴³ Article 50 du *Statut de la Cour internationale de Justice* : « À tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix ».

⁴⁴ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 19, 72.

⁴⁵ Laurent LUCCHINI, préc., note 8, 710.

⁴⁶ Par exemple, sur la prolifération des algues dans le fleuve Uruguay, dans l'affaire éponyme (préc., note 4, par. 248-250), ou sur la présence de substances phénoliques (par. 251-254).

⁴⁷ Comme par exemple une déclaration sous serment d'un responsable d'usine selon laquelle ne seraient pas utilisés en son sein certains produits.

sa disposition⁴⁸, elle même est alors à certains moments contrainte de raisonner sur la base de présomptions hasardeuses⁴⁹ : la Cour dit en effet d'une part dans quelques affaires célèbres qu'elle n'a pas besoin des éléments factuels (au motif, souvent bien que non explicitement revendiqués, qu'ils seraient trop complexes), jugeant régulièrement en «équité diplomatique» ou «en opportunité». Nous sommes donc en présence d'une attitude tout à fait générale de la Cour, qui se montre peu intrusive dans la procédure. Elle se place plus précisément en retrait des Parties pour la recherche de la vérité et se contente d'arbitrer, parfois maladroitement, les efforts des États⁵⁰. À l'arrivée, la tendance globale semble être l'impossibilité d'un système inquisitorial dans la recherche et l'établissement des preuves en droit international public (pourtant rendu possible par les textes). Une lecture panoramique des affaires contentieuses, notamment traitées par la Cour internationale de Justice, révèle une difficulté réelle à tirer les conséquences, sur le terrain de la preuve, des spécificités des contraintes écologiques et de l'ordre environnemental. La logique au travail demeure celle d'un système de preuves «négocié», très pragmatique, réajusté en permanence, laissant apparaître en surplomb l'inertie d'un ordre dans lequel, en dépit d'intentions louables et de problématiques renouvelées, les États semblent vouloir rester seuls maîtres à bord...

Cette frilosité rémanente s'explique certainement et repose sur un cumul de causes hétérogènes et complexes, parmi lesquelles certaines sont vraisemblablement générales et renvoient au(x) talon(s) d'Achille du droit international public, quand d'autres trouvent sans doute leur source dans des éléments plus spécifiquement environnementaux.

Il y a d'abord ce fait banal, mais qu'il convient de rappeler, en vertu duquel les juges ne sont pas, vis-à-vis des États en droit international, dans une position analogue à celle qui est la leur face aux citoyens dans les systèmes juridiques nationaux (relativement à la preuve, c'est déjà tout un programme...), étant entendu que parallèlement, les États ne vont pas

⁴⁸ Ève TRUILHÉ-MARENGO avec la collab. de Kerry ALLBEURY, préc., note 6, p. 285.

⁴⁹ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 19, 71 et 72. À propos, par exemple, de la prise en compte du débit du fleuve Uruguay et de l'intensité des phénomènes d'inversion de courant pour le choix du lieu d'implantation de l'usine de pâte à papier (par. 214 de l'arrêt *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 4).

⁵⁰ Yann KERBRAT et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 19, 73.

spontanément faire œuvre de bonne volonté⁵¹ dans la divulgation d'informations à eux défavorables. Les éléments généraux d'explication sont à la fois nombreux et pour certains d'entre eux bien connus. Les États nourrissent, particulièrement en matière d'environnement, une certaine défiance⁵² à l'égard des mécanismes juridictionnels internationaux de règlement des différends, qui de ce fait sont traditionnellement peu utilisés⁵³. Ce point se vérifiera tout particulièrement si la question environnementale croise des perspectives hautement régaliennes (comme celles touchant par exemple aux activités nucléaires⁵⁴). On soulignera ainsi qu'en matière de dommages environnementaux ou écologiques susceptibles d'impliquer directement l'État (ou des entités qu'il contrôle et/ou dont il assume les activités, comme justement en matière nucléaire) ou au moins territorialement un État (une pollution industrielle d'ampleur trouvant sa source sur le territoire d'un État déterminé), ce dernier est généralement peu enclin (en tout cas pas davantage que d'habitude) à se laisser contrôler ou contredire.

Justement, et paradoxalement, l'attitude de la Cour pourrait d'abord être le « prix à payer » pour son souhait de consolider et même d'étendre sa compétence en matière environnementale. La CIJ s'est, il y a longtemps déjà, proclamée désireuse de renforcer sa compétence environnementale. Elle a, depuis quelques décennies, rappelé l'importance, pour le droit international et pour l'humanité, des enjeux environnementaux. Aux alentours de la Déclaration de Rio, en 1992, le Président de la CIJ d'alors (Sir Robert Jennings), dans le cadre d'une promotion de la connaissance de la Cour, avait tenu à rappeler les mérites et avantages qu'il y aurait, pour les États, à confier à la Cour internationale de Justice les

⁵¹ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Iddri Studies* 2003.3.45. On peut craindre par exemple que les États, en matière de pollutions ou de catastrophes (pas naturelles, car on ne les compte pas ici, mais plus particulièrement technologiques) comme ailleurs, fassent preuve de « mauvaise volonté » et ne contribuent pas authentiquement et pleinement à la manifestation de la vérité (quelques grandes catastrophes, nucléaires ou maritimes – comme les marées noires –, le démontreraient sans doute, dans des contextes très différents).

⁵² Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.* 1997.4.892.

⁵³ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, préc., note 10, 286 et 287.

⁵⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.

conflits environnementaux⁵⁵. Qu'on pense également à l'Avis consultatif du 8 juillet 1996, relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁵⁶ ou à l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (25 septembre 1997, plus simplement appelée l'affaire *Hongrie contre Slovaquie*⁵⁷) : la Cour montre bien son attachement au traitement de ces questions. Il ne faut pas oublier, pourtant ou en effet d'ailleurs, que la pratique internationale offre très peu de cas plaidés devant la Cour, alors même que nombreuses sont les conventions internationales environnementales contenant une clause prévoyant la possibilité d'un recours à la CIJ en cas de différend⁵⁸. Et l'on se souvient aussi que, dans le contexte de la mise en place d'un tribunal spécialisée dans les affaires maritimes au début des années 1990, la Cour avait créé en son sein, en 1993, une Chambre spéciale pour les questions d'environnement⁵⁹ (qui, mais c'est une autre histoire, vivote doucement aujourd'hui... pour ne pas dire moins⁶⁰).

⁵⁵ Comité intergouvernemental de négociation d'une convention-cadre sur les changements climatiques, Doc. N.U. A/AC.237/CRP.1/Add.7/Rev.1 (5 mai 1992).

⁵⁶ Préc., note 54.

⁵⁷ Préc., note 25. La Cour souligne « toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les États, mais aussi pour l'ensemble du genre humain » (par. 53).

⁵⁸ Relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Voir Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », R.G.D.I.P. 1995.1.37 ; Pierre-Marie DUPUY, « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement », dans Michel PRIEUR, (dir.), *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1998, p. 269.

⁵⁹ Le 19 juillet 1993, par un communiqué de presse, le Greffe de la Cour internationale de Justice a annoncé la constitution d'une Chambre spéciale pour les questions d'environnement et sa composition. Un deuxième communiqué en a indiqué la nouvelle composition après le renouvellement partiel du 6 février 1994. Ainsi a pris fin le temps des hésitations qu'a connu la Cour portant sur le choix entre la constitution de chambre spéciale de l'article 26, paragraphe 1 et le recours à une chambre *ad hoc* de l'article 26, paragraphe 2, du Statut. Voir Raymond RANJEVA, « L'environnement, la Cour internationale de Justice et sa Chambre spéciale pour les questions d'environnement », A.F.D.I. 1994.40.433 ; voir également Connor MCAULIFFE, « La Chambre environnementale au sein de la CIJ », (1994) 117 *Il foro italiano* 183.

⁶⁰ Les performances du nouveau système laissent en effet sceptiques. Certes, la création d'une Chambre pour l'environnement a constitué la réponse apportée par la Cour à la double question relative à son rôle éventuel dans le règlement des différends



Cette volonté de garder la main sur des contentieux environnementaux qu'elle juge essentiels dans sa politique jurisprudentielle se traduit alors par une souplesse, une « compréhension » visant à ne pas « braquer les États » qui pourraient alors (c'est toute la différence entre les systèmes juridiques nationaux et le droit international public) se détourner de son for, refuser sa compétence et se réfugier dans l'arbitrage ou soumettre leurs différends à des juridictions spécialisées comme il en prolifère actuellement. Paradoxe, donc, à certains égards, car c'est le souci même d'une conservation des contentieux et d'une position institutionnelle qui conduit la Cour à un « moins-disant » en matière de preuve et à frustrer, par contrecoup, les États (en particulier lorsqu'ils perdent...) et les commentateurs (c'est moins grave...) par excès coupable d'un consensualisme qui se traduit par des arrêts critiquables... et qu'on dira parfois « mal fondés en fait ». On ajoutera que lorsque, pendant le déroulement du « procès » devant la Cour, les États conservent des relations et que se poursuivent les négociations entre eux, celle-ci ne veut surtout pas brutaliser une Partie par intrusion, au risque de bloquer les négociations, si bien qu'elle s'auto-censure alors.

Conclusion

Désireuse de lutter contre des forces centrifuges et intéressée de manière croissante par les questions d'environnement, la Cour propose un insatisfaisant dosage, largement centré sur des procédures accusatoires ; elle regrette ainsi moralement l'attitude des États sans aller cependant plus avant et rend des décisions qui, alors qu'elles devraient consolider sa place, la mettent parfois en cause, notamment en raison du maniement de la preuve⁶¹. Cette question de la preuve (conditions et modalités, contenu,

concernant l'environnement et le développement durable d'une part et à un aménagement possible de sa méthode de travail d'autre part. Par ailleurs, on imagine que la création d'une chambre dédiée, incarnée par des juges aguerris, ayant un bagage technique suffisant pour orchestrer la production de preuves et en apprécier la réalité et la portée, serait bienvenu, dans certains contentieux suscités par des catastrophes naturelles, technologiques ou plus globalement par des nuisances et pollutions impliquant des États.

⁶¹ Certaines amorces de solutions pourraient cependant voir le jour, avec un peu de volonté politique et juridictionnelle : mise en place d'un système d'agrément internationaux d'experts, « près la Cour », formation des magistrats, au-delà du sentiment, parfois illusoire, qu'ont les juges eux-mêmes d'être « rompus à ces questions », transformation en profondeur des relations entre États, au nom de l'exigence éthique de



portée, etc.) renvoie ainsi inmanquablement à quelques contradictions apparentes et supposerait, pour que soit réellement approfondi le sujet, l'adoption d'au moins deux optiques : il y a ce dont la preuve est porteuse, ce qu'elle engendre, et ce qu'elle révèle en tant que « reflet ». Elle est donc à la fois cause et signe, facteur et conséquence, point de fuite et de cristallisation d'enjeux et de problématiques qui l'incluent, parfois, mais la dépassent, toujours.

protection de l'environnement, et des relations entre États et Cour et Cour et États, et tant d'autres pistes encore, parfois très utopiques...



Preuve, santé et environnement : propos conclusifs

Mustapha Mekki*

I. Dans l'enceinte du procès	213
A. L'empire du doute dans le procès	213
1. Les limites tenant à l'analyse scientifique	213
2. Les limites tenant à la qualification juridique.....	214
B. L'emprise du procès sur le doute	216
1. L'objet de la preuve	216
2. La charge de la preuve	220
a) Encourager le principe de coopération	220
b) Aptitude à la preuve.....	221
II. Hors les murs du procès	223
A. L'acceptation du doute	224
1. L'anticipation conventionnelle	
2. La résolution consensuelle	
B. L'évitement du doute	228
1. L'exigence de transparence.....	228
2. L'exigence de vigilance	229

* Agrégé des Facultés de droit ; Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité ;
Directeur de l'IRDA ; Co-directeur de la structure fédérative (développement durable) ;
Responsable du pôle environnement/Chine à la Fondation pour le droit continental.



1. Lorsque Vincent Gautrais et moi-même avons mis en place cette journée d'étude sur la preuve et le développement durable, l'objectif était de susciter un dialogue entre, d'une part, la question nébuleuse de la preuve et le concept poreux de développement durable principalement abordé sous l'angle des problèmes de santé et d'environnement¹ et, d'autre part, le système juridique français et québécois.

2. «**La vérité est ailleurs**» – Ce regard croisé a révélé que la preuve en matière de santé et d'environnement se situe au-delà du vrai et du faux. Selon la célèbre formule de cette série culte : «*la vérité est ailleurs*». Elle se situe le plus souvent entre ce qui est acceptable et ce qui est inacceptable, nouvelle dichotomie mise en lumière par la plupart des intervenants (Lara Khoury, Anne Penneau, Soraya Amrani-Mekki, Romain Boffa, Laurent Fonbaustier et Jaye Ellis).

3. «**L'irréductible doute**» – Toutes les interventions ont mis en exergue deux dénominateurs communs à la preuve et aux questions de développement durable. Tout d'abord, le doute domine ces deux domaines. Il est omnipotent et omniprésent. Contrairement aux idées reçues, les échanges ont révélé que l'existence permanente d'un doute peut être perçue comme un bien : «*le doute, c'est précisément la prise de conscience de nos limitations et la condition de notre adaptation à un ordre du monde que nous ne comprenons pas, que nous n'embrassons pas complètement (...). Le doute constitue la garantie de notre ouverture au monde, de notre capacité à évoluer avec lui et de nous adapter à lui*»². En d'autres termes, la confrontation des questions probatoires et des impératifs relevant du développement durable confirme qu'il est inutile et inopportun de vouloir à tout prix évincer le doute. Il faut en réalité l'aménager. Le second dénominateur commun est, ensuite, la place centrale accordée au procès. Evidemment, ce point a particulièrement été mis en lumière par les interventions respectives de Catherine Piché et Soraya Amrani-Mekki. Cette place paraît tout à fait naturelle lorsqu'il est question de la preuve. La

¹ Le développement durable désigne ici la nécessité de concilier dans toute prise de décision juridique ou politique le développement économique, le progrès social et la protection de l'environnement. Le développement durable est la réalisation d'une économie durable. Cette journée d'étude devait mettre en exergue les difficultés à adapter les règles relatives à la preuve à certains aspects du développement durable, spécialement le volet santé et environnement.

² René SÈVE, «Douter, c'est décider : nature et caractère constructifs du doute», dans *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 119, à la page 124.

preuve existe d'abord par le procès car elle est essentiellement judiciaire³. Quant au développement durable, il est le terrain privilégié d'une nouvelle forme de démocratie, une démocratie contentieuse ou judiciaire, où le procès est instrumentalisé comme une tribune, un lieu de débats⁴. Les affaires célèbres en France des OGM, du distilbène, de l'hormone de croissance ou du sang contaminé en témoignent. La rencontre de la preuve et des questions relevant du développement durable ne se limite cependant pas au procès. Il faut aller au-delà du judiciaire ; parfois même, au-delà du juridique. Le développement durable, ne l'oublions pas, a pour pilier le principe de conciliation (développement économique, progrès social et protection de l'environnement). Nous sommes dans la recherche permanente d'un consensus, critiqué par ceux qui auraient aimé que l'environnement soit hiérarchiquement supérieur au développement économique⁵. Il est alors question de légitimité politique, de débats éthiques, de discours scientifiques. Les acteurs du droit, spécialement les juges, sont confrontés à des questions de société.

4. Au sein de l'ensemble des interventions, on a pu ainsi percevoir cette volonté permanente d'intégrer le doute dans le procès et hors du procès. Faire la synthèse des réflexions profondes qui ont été faites sur le sujet demeure une entreprise impossible à mener. Ce n'est qu'à grands traits qu'il pourra ici être rendu compte des différentes contributions. Pour ce faire, deux axes principaux ont été dégagés. En premier lieu, la rencontre entre la preuve et la question du développement durable s'est faite dans l'enceinte du procès. En deuxième lieu, la rencontre entre la preuve et la question du développement durable s'est réalisée hors les murs du procès.

³ Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., coll. «Thémis droit», Paris, PUF, 2013, n° 250, p. 839 et suiv.

⁴ Pour une vue d'ensemble, Denis SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, coll. «Pluriel», Paris, Hachette, 2000. Pour un exemple en droit de la responsabilité, voir Mustapha MEKKI, «La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile», dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 739, aux n° 17 et suiv., aux pages 755 et suiv.

⁵ Agathe VAN LANG, «Les objectifs en droit administratif», dans Bertrand FAURE (dir.), *Les objectifs dans le droit*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2010, p. 101, à la page 111 ; Chantal CANS, «Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences», A.J.D.A. 2003.210.

I. Dans l'enceinte du procès

5. Le doute est le sel de la preuve et du procès. Ce doute prend une coloration singulière, confronté aux enjeux et aux impératifs du développement durable. L'ensemble des interventions a mis l'accent sur deux tendances : d'une part, l'empire du doute dans le procès ; d'autre part, l'emprise du procès sur le doute.

A. L'empire du doute dans le procès

6. Les piliers du droit de la preuve sont mis à l'épreuve des enjeux du développement durable. Le juge va devoir surmonter deux principaux obstacles, dépasser deux principales limites : celles tenant aux analyses scientifiques, tout d'abord ; celles tenant aux qualifications juridiques, ensuite.

1. Les limites tenant à l'analyse scientifique

7. **L'irréductible doute scientifique** – Lorsqu'un procès naît dans le domaine de la santé et de l'environnement, les concepts scientifiques viennent perturber le travail des juges et les démarches des parties⁶. Que l'on songe à l'exposition à l'amiante, à l'état de pollution d'un terrain, à l'évaluation du préjudice écologique ou à l'établissement d'un lien de causalité : ces questions renvoient toutes à un ensemble de concepts scientifiques qui compliquent le travail du juge. Plusieurs fois, des concepts scientifiques ont été évoqués⁷. Il est ainsi question d'écosystème, de biodiversité, d'habitats. De nombreuses normes techniques posent des seuils de nuisance, ne serait-ce qu'en matière d'émission d'ondes pour les antennes de téléphonie mobile. Que doit faire un juge en présence de normes techniques ? Doit-il réduire son raisonnement au respect de ces normes techniques pour trancher les éventuels litiges ? Anne Penneau et Vincent

⁶ Éric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, coll. « Objectif Droit », Paris, LexisNexis, 2011, n° 29 et suiv. Voir également Aude-Solveig EPSTEIN, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise. Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, thèse de doctorat, Nice, École doctorale Droit et Sciences politiques, Économiques et de Gestion, novembre 2014, n° 728 et suiv., p. 606 et suiv.

⁷ Raphael ROMI, « Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle », A.J.D.A. 1991.432.

Gautrais ont très bien mis en exergue les vices et les vertus d'une référence aux normes informelles.

8. La dispersion des indicateurs scientifiques – Enfin, les indicateurs techniques ou scientifiques ne sont pas uniformisés permettant, selon les cas, d'opérer une sorte de « forum cleaning » parmi les indicateurs. Par exemple, 156 méthodes ont été recensées pour la détermination des catégories d'impact à intégrer dans une analyse du cycle de vie⁸. Pour le bilan des émissions de gaz à effet de serre, on a certes une méthode fournie par le ministère de l'écologie et applicable aux collectivités publiques (art. 75 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010) mais elle ne s'impose pas aux personnes morales de droit privé soumises à un tel bilan (art. L. 229-25 C. envir.). Dans le cadre RSE, les sociétés sont également libres dans le choix de leurs indicateurs environnementaux⁹. Cette hétérogénéité ne devrait pas s'atténuer avec la proposition de directive du 16 avril 2013 (COM (2013), 207, final) car elle continue de prôner « une approche souple et non intrusive »¹⁰ et encourage encore le self-service normatif¹¹. Géraldine Goffaux-Callebaut et Julie Biron ont montré toute la difficulté de ces indicateurs multiples qui compliquent encore, en cas de litige, la preuve d'un éventuel manquement fautif.

Les limites de la science sont évidentes. Celles du droit ne le sont pas moins.

2. Les limites tenant à la qualification juridique

9. Usage et abus des standards juridiques – Le droit du développement durable repose sur le « principe de conciliation », conciliation des intérêts publics et privés, des dimensions internes et internationales, des

⁸ Sur ce point, A.-S. EPSTEIN, préc., note 6, n° 276, p. 212 et n° 305 et suiv., p. 234 et suiv.

⁹ Emmanuelle ALFANDARY, « Les indicateurs environnementaux, de nouveaux outils pour le droit de l'environnement », *Droit de l'environnement* 2006.140.220 : selon l'auteur, le décret indique les principales rubriques « sur lesquelles les sociétés doivent communiquer, mais ne précise pas le niveau et la nature des informations à fournir ».

¹⁰ A.-S. EPSTEIN, préc., note 6, n° 278, p. 214.

¹¹ Alain SUPLOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », dans *Études offertes à Jean Pélissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541.

valeurs économiques, sanitaires et environnementales. Pour appréhender cette réalité et pondérer au mieux les intérêts en présence, le droit use et abuse des standards juridiques et notions à contenu variable. Le symbole reste la Charte de l'environnement qui utilise toute une série de termes évolutifs et subjectifs. Le législateur français (article L. 110-1 C. envir.) fait quant à lui formellement référence au « *coût économiquement acceptable* ». 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. Par exemple, 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* ». Au demeurant, la logique du raisonnable l'emporte sur celle du rationnel¹².

Le préjudice écologique lui-même fait appel aux standards juridiques. Il suffit de citer l'« atteinte anormale » du futur article relatif à la réparation du préjudice écologique abordé par Philippe Brun et Lara Khoury. Le futur article 1386-19 du Code civil évoquerait ainsi « *une atteinte anormale* » à l'environnement¹³. La difficulté de preuve concerne ici tant l'existence du préjudice écologique que sa gravité. Cette emprise des standards juridiques et scientifiques se confirment dans la loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité qui intègre dans le Code civil (art. 1246 et s.) la réparation du préjudice écologique défini comme une « *atteinte non négligeable* » aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.

10. Standards juridiques et décisions contradictoires – Ces standards juridiques amènent le juge à pondérer les intérêts et l'expose à des décisions contradictoires. Cela est particulièrement vrai en matière de sites et sols pollués. Le droit des polices administratives utilise des termes que le droit privé ne parvient pas toujours à intégrer: le « propriétaire

¹² 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*, PUF, 2012, p. 17, à la page 19.

¹³ GROUPE DE TRAVAIL INSTALLÉ PAR LA GARDE DES SCEAUX, Yves JEGOUZO (prés.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Paris, Ministère de la Justice, 17 septembre 2013.

détenteur» n'est pas le détenteur du droit des biens ; la « dépollution » n'est pas la réhabilitation, l'usage futur du « terrain » n'est pas défini ; les exigences administratives ne sont pas celles du juge judiciaire. Ainsi d'une décision rendue par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 2010 où un exploitant ne pouvait excaver des terres souillées par des hydrocarbures. Ayant conscience de cette impossibilité technique, le préfet a supprimé l'arrêté préfectoral libérant le dernier exploitant de ses obligations administratives. Le juge judiciaire en a décidé autrement considérant que le dernier exploitant est responsable pour faute dès lors que les intérêts environnementaux visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement sont menacés¹⁴.

Dans le domaine de la santé et de l'environnement, le procès doit frayer son chemin entre les méandres de la science et cet artefact qu'est le droit. Le procès le fait en exerçant une emprise sur le doute.

B. L'emprise du procès sur le doute

11. Ce que le procès a su faire, et plusieurs intervenants l'ont démontré, c'est non pas exclure le doute mais en faire un objet du droit. Le procès s'est donc adapté à l'incertitude qui domine la matière. Cette adaptation se fait tant à l'aune de l'objet de la preuve qu'à l'aune de la charge de la preuve.

1. L'objet de la preuve

12. De la preuve de la vérité à la preuve de la vraisemblance – Prouver un préjudice certain, un lien de causalité certain, une faute certaine relève de l'exception, spécialement en matière de santé ou d'environnement, comme l'ont clairement rappelé Philippe Brun et Lara Khoury. L'objet de la preuve est imprégné de doute. Cet objet réside alors moins dans l'établissement d'une vérité que dans l'établissement d'une vraisemblance¹⁵, distinction souvent utilisée par Soraya Amrani Mekki. Le principe de précaution en constitue une parfaite illustration lui qui repose

¹⁴ Civ. 3^e, 15 déc. 2010, pourvoi n° 09-70.538, D. 2011.2705, obs. Trébulle.

¹⁵ Mustapha MEKKI, « Vérité et preuve. Rapport français », dans *La preuve*, Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LXIII, Saint-Germain-en-Laye/Bruxelles, LB2V/Bruylant, 2015, p. 815.

sur l'établissement d'un risque sérieux, probable, vraisemblable. Il ne s'agit pas d'imposer la réalisation de mesures ou l'interdiction d'une activité en présence d'un simple risque hypothétique¹⁶. Le risque vraisemblable laisse une place aux données scientifiques qui deviennent des données parmi d'autres. La décision judiciaire s'appuie ainsi sur des « *approximations raisonnables* »¹⁷. Le juge doit agir avec raison¹⁸. Cette place accordée à la fois au doute et aux expertises scientifiques est 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 incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants* »¹⁹. Cette vraisemblance, laissant une part irréductible au doute, va s'imposer également dans la détermination du lien de causalité, du préjudice ou du fait générateur en matière sanitaire et environnementale. Comment le droit appréhende-t-il, à l'aune de l'objet de la preuve, cette notion de vraisemblance ?

13. Les présomptions légales et du fait de l'homme – La première technique est celle des présomptions légales et du fait de l'homme. Au sens strict, la présomption est définie par l'article 1349 du Code civil comme l'établissement d'un fait inconnu en partant d'un fait connu. Cette présomption est présentée au sein du Code civil comme un mode de preuve. Cette présentation est erronée lorsqu'il s'agit de la présomption légale. Cette dernière est parfois est une véritable dispense de preuve

¹⁶ Civ. 3^e, 3 mars 2010, D. 2010.2419, note Bouchet Le Mappian. Voir également *Pfizer Animal Health SA*, Affaire T-13/99, [2002] Rec. C.E. II-3318, par. 139 et suiv. : « 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 ».

¹⁷ « 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 », Anne-Lise SIBONY, « La preuve scientifique évitée. Inventaire de quelques techniques judiciaires », dans Ève TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, coll. « Droit des technologies », Bruxelles, Larcier, 2012, p. 161, aux pages 175 et 176.

¹⁸ Voir cette référence à la raison dans certains codes de procédure civile étrangers, art. 386 du C.P.C. argentin ; art. 187, 216, 261, 264 et 278 C.P.C. colombien.

¹⁹ *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01, 27 janvier 2009, R.J.E. 2010.61, note Marguénaud et Nadaud (CEDH).

lorsqu'elle est irréfragable. Elle ne relève plus alors de la preuve mais pose une règle substantielle²⁰.

Surtout, la vraisemblance s'appuie dans le procès sur les présomptions du fait de l'homme de l'article 1382 du Code civil. On a pu percevoir toute l'importance de ces présomptions et la marge de manœuvre qu'elle confère au juge tant dans le contentieux du préjudice d'anxiété exposé par Laurent Gamet que dans le contentieux médical exposé par Philippe Brun et Lara Khoury. Le contentieux environnemental use également de ce mode de raisonnement. La preuve négative est ainsi parfois utilisée lorsqu'aucune certitude scientifique ne peut être établie. Ainsi du tribunal d'Alberville qui a admis la réparation du préjudice lié à la mortalité anormalement élevée des abeilles : « à défaut de toute autre cause, la mortalité des abeilles qui, au printemps, descendaient chercher le nectar dans des zones proches mais plus ou moins polluées et dangereuses, ne peut donc s'expliquer que par l'intoxication par le fluor »²¹. C'est encore le cas en matière de vaccination contre l'hépatite B et les cas de sclérose en plaques, comme l'ont fait observer Philippe Brun et Lara Khoury, contentieux à l'occasion duquel la Cour de cassation affirme solennellement que l'absence de preuve scientifique du lien de causalité n'exclut pas l'existence d'un lien de causalité juridique²². Ces présomptions du fait de l'homme au cas par cas se transforment parfois en présomption « quasi-légale » comme l'illustre cet arrêt du 9 mai 2001 par lequel la Cour de cassation a jugé que « lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine, dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice »²³.

²⁰ En ce sens, Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Paris, Économica, 2006, n° 553. Voir déjà en ce sens, François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3 «Élaboration technique du droit positif», Paris, Sirey, 1927, n° 234, p. 299.

²¹ Trib. gr. inst. Alberville, 26 août 1975, J.C.P. 1976.II.18384.

²² Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, pourvois n° 06-10.967, 05-10.593, 06-18.848 et 06-14.952, D. 2008.2894, obs. Jourdain.

²³ Civ. 1^{re}, 9 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 130. Voir également Civ. 1^{re}, 2 juill. 2002, *Bull. civ. I*, n° 182.

14. La preuve réduite à un contrôle de conformité aux normes techniques – Enfin, l’objet de la preuve peut consister à démontrer que la situation est conforme à un ensemble de normes techniques ou de seuils administratifs, ce qu’on parfaitement démontré dans de nombreux domaines Vincent Gautrais et Anne Penneau. La preuve du préjudice écologique peut ainsi s’appuyer sur la nomenclature relative au préjudice écologique. La preuve de ce préjudice peut également se fonder sur les critères figurant à l’article R. 161-3 III du Code de l’environnement lorsqu’il s’agit de déterminer la gravité de l’atteinte²⁴. Le même type de raisonnement a été souligné au Québec lors de l’intervention de Hugo Tremblay. La nomenclature Dintilhac peut en outre orienter les juges dans la preuve des préjudices dits environnementaux²⁵. C’est en ce sens d’ailleurs que peut être analysée la décision rendue par la cour d’appel de Nouméa à propos de la réparation du préjudice écologique pur²⁶. L’avant-projet de réforme rendu public en avril 2016 en France entend officialiser le recours aux nomenclatures et aux barèmes pour des raisons d’équité, traiter les victimes sur un pied d’égalité, et pour des raisons de preuve.

²⁴ Article R. 161-3 III C. env. : « III. Les détériorations s’apprécient par rapport à l’état de conservation des habitats ou des espèces au moment de la manifestation du risque ou de la réalisation du dommage en tenant compte de données mesurables telles que :

- 1° Le nombre d’individus, leur densité ou la surface couverte ;
- 2° Le rôle des individus ou de la zone concernés par rapport à la conservation générale de l’espèce ou de l’habitat ;
- 3° La rareté de l’espèce ou de l’habitat appréciée, le cas échéant, au niveau régional, national ou communautaire ;
- 4° La capacité de multiplication de l’espèce, sa viabilité ou la capacité de régénération naturelle de l’habitat ;
- 5° La capacité de l’espèce ou de l’habitat à se rétablir, par sa seule dynamique naturelle, dans un état équivalent ou supérieur à l’état initial, dans une durée telle que les fonctionnements de l’écosystème ne soient pas remis en cause après la survenance d’un dommage, sans autre intervention que des mesures de protection renforcées ».

²⁵ Laurent NEYRET et Gilles J. MARTIN, « De la nomenclature des préjudices environnementaux », J.C.P. G. 2012.567.

²⁶ Nouméa ch. corr., 25 févr. 2014, n° 11/001187 : *Juris-Data n° 2014-008164*, J.C.P. G. 2014.557, note Boutonnet.

2. La charge de la preuve

15. Le droit français de la preuve, se fondant sur l'article 1315 du Code civil, a dégagé par induction le principe général *actori incumbit probatio*. Celui qui allègue des faits contestés et pertinents doit en établir la preuve. Soraya Amrani et Catherine Piché nous ont montré combien les règles classiques de la preuve judiciaire et spécialement de la charge de la preuve pouvaient être inadaptées à la réalité du contentieux rattaché au développement durable, spécialement celui de la santé et de l'environnement : inégalité intellectuelle et financière entre les parties ; degré d'incertitude important... L'adaptation du droit de la preuve judiciaire²⁷ à la réalité du développement durable, spécialement dans le domaine de la santé et de l'environnement, a pu se traduire dans les différentes interventions de deux manières : encourager le principe de coopération, développer la notion d'aptitude à la preuve.

a) Encourager le principe de coopération

16. **Coopération entre les parties et le juge** – La répartition traditionnelle et dogmatique de la charge de la preuve doit être repensée. 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 comme l'ont démontré Catherine Piché et Soraya Amrani-Mekki. Prédomine désormais dans le procès civil un principe de coopération entre les parties et le juge, qui rejaillit sur le processus probatoire. Plusieurs textes peuvent servir de fondement à un tel principe. 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 et son homologue le référé-constat du droit administratif (art. R. 531-1 CJA)²⁸. Cette procédure permet « *de conserver ou d'établir avant tout*

²⁷ Voir notamment Mustapha MEKKI, « Regard substantiel sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de "charge probatoire" », dans Mustapha MEKKI, Loïc CADIEP et Cyril GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2015, p. 7.

²⁸ Bruno DAUGERON, « L'intérêt de la procédure du référé-constat : l'exemple du droit de l'environnement », A.J.D.A. 2004.17.

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*²⁹. Ce droit à la preuve serait, selon Nicolas Vermeys, la traduction d'une «démocratisation de l'accès aux éléments de preuve». Ce droit formellement consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012³⁰ et récemment confirmé dans un arrêt du 25 février 2016³¹ renforce les droits des parties au procès et incite le juge à jouer un rôle plus actif³². Cette coopération entre le juge et les parties est particulièrement utile dans le cadre du développement durable en raison du difficile accès matériel, intellectuel et financier à l'information.

b) *Aptitude à la preuve*

17. Aptitude à la preuve : un problème de coût – Le contentieux du «développement durable», principalement lorsqu'il est question de l'environnement et de la santé, oblige à faire de l'aptitude à la preuve une notion clé dans la répartition de la charge de la preuve³³. Doit prouver celui qui est le plus apte, le plus enclin à établir l'existence d'un fait. Jérémy Bentham affirmait en ce sens que «*L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais*»³⁴. Même si cette référence à l'aptitude comporte une part de subjectivité

²⁹ Défendant une forme de *discovery* en matière environnementale, voir Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 796, p. 516.

³⁰ Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, pourvoi n° 11-14177, *Bull. civ. I*, n° 85. Pour une étude d'ensemble, Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010.

³¹ Cass. 1^{re} 25 févr. 2016, n° 15-12403, PB.

³² 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.

³³ Sur cette notion, voir Philippe BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Grenoble, 1993.

³⁴ Jérémie BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, 3^e éd., t. 2, Bruxelles, Société belge de librairie. Hauman et cie, 1840, p. 172. Voir également Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 26^e éd., coll. «Thémis. Droit privé», Paris, PUF, 1999, p. 346; Paul ESMEIN, «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle», *R.T.D. civ.* 1933.627, n° 9 et suiv.

importante³⁵, elle inspire un grand nombre de règles probatoires, notamment en droit du travail³⁶. Le contentieux administratif accorde également une place à l'aptitude à la preuve qui amène en la matière à distinguer la charge effective et la charge juridique³⁷. Par charge effective, il faut entendre « *la charge pesant sur la partie qui rencontre en fait les difficultés les plus grandes pour emporter l'intime conviction du juge* »³⁸. En matière fiscale, par exemple, il a été jugé que « *les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci* »³⁹. La même référence implicite à l'aptitude existe dans le contentieux pour excès de pouvoir à propos des formalités administratives ayant précédé l'acte et que seule l'administration est en mesure d'établir si elles ont été accomplies⁴⁰.

Dans ces domaines où la part d'incertitude est irréductible, certaines parties sont plus aptes que d'autres pour établir un certain nombre de

³⁵ En ce sens, Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, p. 139.

³⁶ David JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », dans Emmanuel DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, coll. « Thèmes et commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2007, p. 277. Pour une vue d'ensemble, Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, n° 204 et suiv., p. 240 et suiv. et n° 257 et suiv., p. 288.

³⁷ Bernard PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux I, 1971, n° 87 et suiv. ; Pierre PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, thèse de doctorat, Paris, Pedone, 1952, n° 87.

³⁸ P. PACTET, préc., note 36, n° 86 et suiv.

³⁹ Cons. d'État Sec., 20 juin 2003, *Société Établissements Lebreton, Comptoir général de peintures*, *Rec. Cons. d'État*, p. 273, concl. Collin, *Procédures* 2003.10, n° 230, note Pierre ; Cons. d'État 21 mai 2007, *Ministère Économie et finances c. Société Sylvain Joyeux*, *Rec. Cons. d'État*, p. 212, *Dr. Fisc.* 2007.970, concl. Glaser et note De la Marnière, *R.J.F.* 2007.631, note Fouquet ; Cons. d'État 16 mai 2008, *Société Sélafa Geomat*, req. n° 288101. Pour une vue d'ensemble, Caroline FOULQUIER-EXPERT, *La preuve et la justice administrative française*, thèse de doctorat, Droit, Toulouse I, 2008, n° 45 et suiv.

⁴⁰ Cons. d'État Sec., 20 nov. 1964, *Josselin*, *Rec. Cons. d'État*, p. 566 ; Cons. d'État 7 juill. 2000, *Confédération paysanne des Bouches-du-Rhône*, *Rec. Cons. d'État*, p. 310. Pour la preuve d'une formalité accomplie telle qu'une notification, Cons. d'État 22 mars 1907, *Veuve Desplanches*, *Rec. Cons. d'État*, p. 293.

faits. Cette aptitude est à contenu variable. Elle peut être matérielle, intellectuelle et surtout, en matière environnementale, financière, comme l'ont démontré Catherine Piché, Nicolas Vermeys et Soraya Amrani-Mekki. Le coût probatoire est souvent un obstacle majeur à la preuve. En amont de l'intervention du juge, qui pourrait assouplir la charge de la preuve en tenant compte de cette aptitude, des mesures pourraient être prises pour atténuer les inconvénients du coût probatoire. Pourrait être mis place un fonds géré par une autorité administrative qui contribuerait au financement des expertises les plus coûteuses. Certains auteurs avaient pensé à élargir les conditions de l'aide juridictionnelle en étendant les critères d'obtention à des critères environnementaux et pas seulement sociaux⁴¹. Cependant, une telle extension est à contre-courant d'une politique nationale tendant au contraire à réduire le champ de l'aide juridictionnelle.

18. En définitive, on perçoit toute la difficulté qu'il y a à établir la preuve de faits lorsque le litige porte sur des questions environnementales ou de santé. Lorsque la preuve est rapportée, il est plus question de vraisemblance que de vérité. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui justifient l'importance dans ce domaine de la médiation et de la conciliation. A défaut d'établir une vérité scientifique, la solution retenue serait au moins acceptable et acceptée par les parties. On peut alors aller bien au-delà et insister sur le fait que la preuve en matière de santé et d'environnement se joue aussi hors les murs du procès.

II. Hors les murs du procès

19. **Rationalité formelle et rationalité matérielle** – Pourquoi aborder la question de la preuve hors les murs du procès ? Pour le comprendre, il faut se référer à la double rationalité théorisée par Max Weber : rationalité formelle et matérielle. La rationalité formelle désigne un droit qui « *s'érige en un système logiquement cohérent, par construction et mise en relation de propositions juridiques abstraites, notamment par utilisation du syllogisme* »⁴². Tel est l'aspect technique de la preuve. La rationalité matérielle signifie que « *des normes qualitativement différentes (...) doivent influencer sur le règlement des problèmes juridiques : ce sont des impératifs éthiques ou des règles utilitaires, des règles d'opportunité ou des*

⁴¹ L. NEYRET, préc., note 29.

⁴² Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. «Droit et société», Paris/Québec, L.G.D.J./Presses de l'Université Laval, 1995, p. 49.

maximes politiques qui brisent le formalisme (...) de l'abstraction logique»⁴³. Tel est l'aspect politique de la preuve qui a été mis en exergue par de nombreux intervenants (Richard Ouellet, Jaye Ellis, Laurent Fonbaustier, Philippe Brun)⁴⁴. Cette rationalité matérielle qui correspond le mieux à ce droit de la preuve qui s'engage hors les murs du procès permet de comprendre comment le droit parvient soit à faire accepter le doute (A), soit à éviter le doute (B) inhérent aux questions de santé et d'environnement.

A. *L'acceptation du doute*

20. L'acceptation du doute hors les murs du procès renvoie à l'idée que la recherche d'une vérité n'est pas l'objectif principal. En matière de santé et en matière environnementale, où règne l'irréductible incertitude scientifique, il faut avant toute chose déterminer la frontière entre ce qui est acceptable et inacceptable pour les parties et pour les justiciables. Cette acceptabilité intervient à deux niveaux. Elle peut, d'une part, prendre la forme d'une anticipation conventionnelle par les parties au procès. Elle peut, d'autre part, prendre la forme d'une résolution consensuelle qui dépasse les seules parties au procès. En quelque sorte, pour reprendre la distinction de Paul Ricoeur⁴⁵, l'anticipation conventionnelle permet de satisfaire une justice de près, celle des parties à un éventuel procès, et la résolution consensuelle relève davantage de la justice de loin, celle des justiciables et des citoyens.

1. *L'anticipation conventionnelle*

21. **Le contrat, technique de gestion du risque probatoire** – L'anticipation conventionnelle renvoie aux développements pertinents de Romain Boffa et Hugo Tremblay. Le contrat se présente, spécialement en matière environnementale et de santé, comme une technique de gestion

⁴³ Max WEBER, *Sociologie du droit*, coll. «Quadrige», Paris, PUF, 2007, p. 42 et 43. Précisons que l'auteur défend une conception formelle du droit seule à même d'instaurer un système cohérent.

⁴⁴ Rationalités appliquées dans une thèse très stimulante, Fabien GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, n° 10 et suiv., p. 46 et suiv.

⁴⁵ Paul RICOEUR, *Histoire et vérité*, Paris, Seuil, 1955, p. 156.

des risques. La preuve est un risque que les parties, spécialement les entreprises, ont tout intérêt à aménager. Les exemples d'une telle anticipation sont légion. Cet accord peut intervenir en amont en déterminant les limites du doute acceptable et inacceptable. Les parties vont agir indirectement sur le doute probatoire inhérent à certaines activités en procédant à certains engagements contractuels. Tel est le cas en matière de cession de sites pollués. En matière de sites et sols pollués, le Code de l'environnement use de notions peu claires qui ne sont pas définies. Tel est le cas de l'usage évoqué à plusieurs reprises. Que l'on songe à l'article L. 514-10 qui oblige le dernier exploitant à réhabiliter le bien en fonction de l'usage futur de l'acquéreur. Dans ces conditions, les parties sont encouragées à indiquer précisément dans le contrat un usage convenu. Dans le même esprit, les clauses contractuelles vont tenter de limiter le doute inhérent à une telle cession en déterminant précisément la nature et l'étendue de la « dépollution » souhaitée, en rédigeant des clauses de garantie de passif environnemental très détaillées, en fournissant des garanties conventionnelles... L'objectif est de contractualiser les objectifs des parties afin de réduire au maximum les risques inhérents à ce type de cession. En dehors des Installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), le problème que rencontre souvent l'acquéreur d'un terrain pollué est la preuve du caractère déterminant de son erreur et l'existence d'une réticence dolosive. Dans ce cas, une clause qui insiste sur ce caractère déterminant pour l'acquéreur d'avoir un terrain « non pollué » lui permet de se préconstituer une preuve de ce caractère déterminant⁴⁶. La faute des diagnostiqueurs est également difficile à établir. Souvent, le plus simple pour établir la preuve d'un manquement est, en amont, d'exiger des parties qu'elles adhèrent à un ensemble de normes techniques. Par exemple, le diagnostiqueur pourra voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'un terrain pollué parce qu'il n'aura pas respecté les méthodes étatiques de diagnostics⁴⁷.

En matière de RSE, comme l'ont démontré Julie Biron et Géraldine Goffaux, les engagements, notamment internationaux, sont souvent rédigés dans des termes généraux, flous et ambigus. Par le contrat, les parties

⁴⁶ Sur ces points, Mustapha MEKKI, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental », R.D.C. 2015.578.

⁴⁷ Voir Gwenaëlle DURAND-PASQUIER, « Certifications, attestations et diagnostics au service des objectifs du Grenelle », R.D.I. 2011.15. Voir également Gwenaëlle DURAND-PASQUIER, « La responsabilité de l'auteur d'audits ou d'états de pollution des sols », J.C.P. éd. N. 2014.1113.

peuvent rendre contraignant ce qui relève en principe du *soft law*⁴⁸. Elles vont par le contrat densifier et préciser la nature de leurs engagements. Le contrat concrétise les engagements, augmente le seuil de diligence et facilite la preuve d'une faute permettant d'engager la responsabilité des auteurs concernés.

2. La résolution consensuelle

22. Le dialogue au service de l'acceptabilité du doute – Les litiges environnementaux ou de santé publique amènent souvent à rechercher un consensus, une conciliation entre des intérêts divergents. Dans cet esprit, la preuve sert à établir des faits qui rendent la solution acceptable par autrui. Cela renvoie à l'homologation de la collectivité qu'évoquait H. Lévy-Bruhl⁴⁹. Plutôt que de rechercher une vérité, l'objectif est de rechercher l'assentiment du public. On comprend ici toute l'importance que l'on accorde à la consultation, à la participation du public dans toute décision pouvant avoir un impact environnemental. La résolution consensuelle peut se faire par la mise en place de procédures au cours desquelles est encouragé le dialogue entre les parties prenantes (État, entreprises, associations, propriétaires, voisins...)⁵⁰ car la procédure « *produit du sens commun* »⁵¹. La mise en place de procédures, de règles procédurales permet par la discussion « *de lisser les divergences* »⁵². L'influence des États-Unis est ici

⁴⁸ Sur ce point, voir Mustapha MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », R.L.D.A., 2015.104.86.

⁴⁹ Henri LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 22 et suiv.

⁵⁰ PARIS, ASSEMBLÉE NATIONALE, Sess. ordinaire 2011-2012, 13^e légis., 1^{er} février 2012, « Résolution n° 837 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 ». L'expertise scientifique renvoie aux techniques des « sciences humaines et sociales ». La méthode du bilan doit être utilisée et faire appel à « d'autres méthodes d'analyse non économique, notamment d'ordre social ou éthique ».

⁵¹ Antoine LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.*, 1992.6.573.

⁵² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », R.F.A.P. 2004.109.53.

flagrante. Une bonne décision en matière environnementale est celle qui procède d'une «*procédure équitable, au cours de laquelle les points de vue concurrents de toutes les personnes affectées sont entendues et mis en balance*»⁵³. Un économiste affirme en ce sens que «*la question principale n'est de trouver des solutions satisfaisantes à des problèmes techniques compliqués (aussi important cela soit-il) mais aussi de parvenir à des décisions sur une base participative en donnant aux citoyens l'opportunité de faire et de défendre leurs préoccupations*»⁵⁴.

23. Les moyens juridiques de l'acceptabilité du doute – En droit, cette détermination des contours de l'acceptable en matière probatoire peut se faire par différents moyens. Tout d'abord, l'expertise commune, dont Catherine Piché a donné de nombreuses illustrations, permet de trouver une solution acceptable entre les parties et évite le combat, sans fin, entre les experts dans des domaines où la certitude scientifique fait défaut. Ensuite, la consensualisation des normes techniques (Hugo Tremblay) peut aider à trouver une solution acceptable. Les nomenclatures, les référentiels, les chartes servent à cela. On se met ainsi d'accord sur des seuils, des risques acceptables. En outre, cette consensualisation passe par une place déterminante accordée à la médiation et à la conciliation⁵⁵. C'est au sein même de la motivation des décisions de justice que l'acceptabilité peut être recherchée en s'appuyant sur des études et rapports extérieurs au litige. Les décisions illustrant ce type de référence sont nombreuses⁵⁶. En ce sens, dans le contentieux des antennes-relais, le Rapport Zmirou occupe une place importante⁵⁷. Par ailleurs, dans le contentieux relatif au préjudice écologique, l'expertise produite par la Direction des études économiques et des évaluations environnementales du Ministère de

⁵³ A.-S. EPSTEIN, préc., note 6, n° 736, p. 621.

⁵⁴ Amartya SEN, *L'économie est une science morale*, Paris, La Découverte, 2003, p. 116.

⁵⁵ Soraya AMRANI-MEKKI, « La médiation environnementale », dans Mathilde HAUTE-REAU-BOUTONNET (dir.) *Contrat et environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 115.

⁵⁶ Trib. gr. inst. Grasse 2003, Trib. gr. inst. Grasse 17 juin 2003, *Commune de la Roquette sur Siagne/SFR.* : *Juris-Data* n° 2003-221748 ; C.A. Versailles 2009, notamment Versailles, 4 fév. 2009, J.C.P. E. 2009.II.1336, note Borel, D. 2009.819, point de vue Boutonnet ; Trib. gr. inst. Tours 2008, Trib. gr. inst. Tours 24 juill. 2008 ; Paris, 30 mars 2010, *Erika*, n° 08/02278.

⁵⁷ Notamment note J. V. BOREL, préc., note 55 ; Point de vue M. BOUTONNET, préc., note 55.

l'environnement⁵⁸ et le Rapport Chevassus-au Louis ont servi de référence⁵⁹. Ensuite, certaines expertises semi-publiques sont parfois venues au renfort de l'argumentaire du juge. Tel est le cas du Rapport Bio-initiative souvent cité dans le contentieux des antennes-relais⁶⁰. Dans le même esprit, peuvent être cités les rapports Chassé et Costanza cités par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de l'Erika⁶¹. Enfin, un dernier moyen pour renforcer l'acceptabilité des décisions prises en matière de santé et d'environnement, réside dans le développement des comités citoyens et des conférences citoyennes, utiles à la détermination des contours toujours contingents de l'acceptable.

Au-delà du doute accepté existe le doute évité par le droit.

B. L'évitement du doute

24. L'évitement du doute signifie que, au lieu d'intégrer le doute dans le raisonnement, le système tente soit de mieux l'identifier pour l'exclure, c'est le rôle que l'on peut attribuer à l'exigence plus forte de transparence ; soit de mieux le contourner en imposant un devoir qui transcende le doute inhérent à l'activité concernée, c'est le rôle que l'on peut attribuer à l'émergence progressive d'un devoir de vigilance.

1. L'exigence de transparence

25. La multiplication des obligations d'information est liée à une exigence générale de transparence. C'est l'existence d'une large information fidèle et sincère qui permettra de prendre la bonne décision⁶². La multiplication des obligations d'information, dans cette optique, n'est pas là pour réduire l'incertitude, le doute, mais pour mieux l'identifier et

⁵⁸ Trib. gr. inst. Tours 24 juill. 2008 préc., note 55.

⁵⁹ Voir Christian HUGLO, « Entretiens », R.L.D.C. 2010.4.54. GROUPE DE TRAVAIL DU CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE, Bernard CHEVASSUS-AU-LOUIS (prés.), *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique*, Paris, Premier ministre, avril 2009.

⁶⁰ Rapport du 31 août 2007, Versailles, 4 fév. 2009, préc., note 55.

⁶¹ Le premier réalise un bilan statistique de la perte de la biomasse causée par la pollution de l'Amoco Cadiz, le second propose une méthode d'évaluation intégrant les services rendus à l'humanité par les océans.

⁶² A.-S. EPSTEIN, préc., note 6, n° 737, p. 622 et suiv.

éventuellement préparer son acceptation⁶³. Ainsi la multiplication de ces obligations d'information, notamment en matière contractuelle (ex. cession de biens immobiliers), n'est pas tant destinée à éclairer le consentement de l'acquéreur qu'à sensibiliser et responsabiliser l'émetteur de cette information. Les exemples sont légion : obligation d'information du vendeur d'un terrain ICPE (art. L. 514-20 C. envir.), d'un terrain situé en secteur d'information sur les sols (art. L. 125-7 C. envir.), obligation d'information dans les substances chimiques du règlement REACH. L'évitement réside ici dans le déplacement du curseur de la responsabilité. En imposant une information particulière, on incite l'auteur à améliorer son comportement, dont il devra rendre compte, et on facilite l'engagement de sa responsabilité, quand bien même le lien de causalité entre son comportement et les dommages causés ne pourrait être établi avec certitude. Tel est le cas du règlement REACH qui n'impose pas une information pour réduire le risque mais pour connaître le risque et en débattre⁶⁴. L'incertitude n'exonère pas la responsabilité, elle la renforce en créant un devoir de prudence⁶⁵.

Ainsi se confirme l'idée qu'au-delà des seules obligations d'information émerge un véritable devoir de vigilance qui pourrait être le premier pas vers une future responsabilité préventive.

2. L'exigence de vigilance

26. Vers un devoir de vigilance – Une proposition de loi enregistrée à l'Assemblée nationale le 11 février 2015 fait miroiter la création d'un devoir de vigilance des sociétés-mères et des donneuses d'ordre à l'égard

⁶³ A.-S. EPSTEIN, préc., note 6, n° 509, p. 398.

⁶⁴ Pierre LASCOUMES, «L'inversion de la charge de la preuve dans la gestion des risques. L'exemple du règlement européen REACH de 2006 sur le contrôle des substances chimiques», dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 261, à la page 271.

⁶⁵ Pierre LASCOUMES, «La précaution, un nouveau standard de jugement», *Esprit* 1997.11.129. Rapprocher : Des diverses obligations d'autorisations préalables pour les 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*, 12 octobre 2011, en ligne : http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_d_Arnaud_GOSSEMENT.pdf, p. 236 et suiv.

de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Ce devoir de vigilance est un maillon fort de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Aucune définition légale n'existe mais l'article 2.4 de la norme ISO 26000 dispose qu'il s'agit d'un processus dynamique, une «*démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités*». Ce devoir a d'abord fait son apparition sur le plan international. Les principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du 21 mars 2011 consacrent comme principe général le devoir de diligence raisonnable (*due diligence*)⁶⁶. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales du 25 mai 2011 complètent ce dispositif⁶⁷. Cet ensemble de principes non contraignants a été encouragé par les instances européennes par un avis de la Commission des affaires étrangères du 5 décembre 2012 prônant que «*des règles de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de chaîne d'approvisionnement soient établies au niveau de l'Union, [...]*». En France, cette diligence raisonnable est visible au sein de la norme ISO 26000⁶⁸ qui, allant plus loin que les principes du droit international, accole au devoir de vigilance le concept de «*sphère d'influence*» étendant son champ d'action au-delà des seules relations de dépendance ou de contrôle pouvant exister entre les sociétés. Dans la loi n° 2001-420 dite «*NRE*» du 15 mai 2001, modifiée par la loi n° 2010-788 «*Grenelle 2*» du 12 juillet 2010 et l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, a été imposée une obligation de *reporting* limitée aux entreprises cotées sur un marché réglementé et aux grandes entreprises (l'article L. 225-102-1 alinéa 5 du code de commerce). Ce reporting extra-financier pourrait être à l'avenir renforcé grâce à la directive du 22 octobre 2014 n° 2014/95/UE qui obligerait un plus grand nombre de sociétés à intégrer dans leur reporting les mesures qui ont été prises au

⁶⁶ Représentant spécial du Secrétaire général, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 mars 2011), en ligne : http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf.

⁶⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes directeur de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, en ligne : <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/48004355.pdf>.

⁶⁸ ISO, «*ISO 26000. Responsabilité sociétale*», en ligne : <http://www.iso.org/iso/fr/home/standards/iso26000.htm>.

nom du principe de diligence raisonnable. La proposition de loi prévoit un champ d'application incluant les sociétés ayant au moins 5000 salariés ce qui concernerait près de 150 entreprises. Au-delà du simple reporting, la première décision marquante est un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation du 7 mars 2006⁶⁹, à l'occasion de l'affaire du Distilbène, par lequel la Cour de cassation consacre une obligation de vigilance qui reste cependant limité au domaine des produits défectueux. C'est le Conseil constitutionnel qui, le 8 avril 2011⁷⁰, s'appuyant sur la Charte de l'environnement qui évoque le devoir de « *prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » et celui « *de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », affirme que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité, devoir dont il étend le champ d'application car il s'adresse à toute personne et vise la protection des activités de chacun. C'est en intensifiant le seuil d'exigence dans la prévention des actes et des comportements qu'on réduira les problèmes de preuve en matière de santé et environnementale par un dépassement des « zones d'incertitude ». Cette due diligence à la française permet de faciliter l'engagement de la responsabilité de celui qui n'aura pas été suffisamment diligent. Où l'on voit, paradoxalement, que le meilleur moyen de contourner le doute probatoire est d'agir sur les règles substantielles.

27. Preuve et développement durable entretiennent des liens d'une grande complexité et ne sont à dire vrai que les révélateurs des effets perturbateurs du concept de « développement durable » sur nos fondements et nos concepts juridiques. En définitive, cette réflexion autour de ce thème vient conforter l'idée que tout juriste qui vit avec son temps ne doit pas hésiter en permanence à repenser nos « acquis juridiques » et à interroger les fondations de notre droit. Le dialogue mené entre l'Université de Montréal et l'Université Paris 13 Sorbonne Paris Cité est un de ces moyens privilégiés.

⁶⁹ Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* I, n° 142, D. 2006.ir.812, et nos obs., *RTD civ.* 2006.565., obs. Jourdain, *RTD com.* 2006.906, obs. Bouloc, R.C.A. 2006.comm.164, obs. Radé.

⁷⁰ Cons. const. 8 avr. 2011, QPC n° 2011-116, D. 2011.1258, note Rebeyrol ; François-Guy TRÉBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », R.D.I. 2011.369.





