



**Le discours juridique dans la « société du risque »  
Regard réflexif sur l'évolution de l'assurance et du principe de  
précaution en droit**

**Mémoire**

**Pascale Dufour**

**Maîtrise en droit**  
Maître en droit (LL.M.)

Québec, Canada

© Pascale Dufour, 2016

**Le discours juridique dans la « société du risque »  
Regard réflexif sur l'évolution de l'assurance et du principe de  
précaution en droit**

**Mémoire**

**Pascale Dufour**

Sous la direction de :

André Bélanger, directeur de recherche

## Résumé

Cette recherche propose une analyse critique du droit applicable à deux dimensions de la gestion des risques : l'indemnisation des dommages au moyen de l'assurance et la prévention des risques au moyen du principe de précaution. Dans une perspective interdisciplinaire, l'interaction du droit avec les rationalités politique, économique, scientifique et sociale est soulignée par l'opposition de deux théories : la *Société du risque* d'Ulrich Beck et la *Société assurantielle* de François Ewald. L'argumentation révèle les différentes significations de la limite de l'assurance privée en droit et les discours dissonants quant aux stratégies juridiques utilisées face aux risques. Le mémoire fournit ainsi des balises essentielles à la réflexion juridique critique. L'originalité de l'angle d'analyse, qui tient compte de l'évolution du droit en lien avec la modification de la rationalité politique survenue au XIX<sup>e</sup> siècle avec l'industrialisation des sociétés occidentales, permet d'enrichir l'épistémologie juridique. Il en découle entre autres une réflexion au sujet de l'évolution des conceptions théoriques du droit et de son rôle social escompté.

## **Abstract**

This research provides a critical analysis of the law applicable to two dimensions of risk management: damage compensation through insurance and risk prevention by the precautionary principle. The interdisciplinary perspective offers a critical perspective on the interaction of law with political, economic, scientific and social rationalities by the opposition of two theories: the Risk Society of Ulrich Beck and Asurantal Society of François Ewald. The different meanings of private insurance limits and dissonant discourse on the legal strategies used against risks are revealed. The thesis provides essential guidelines to the critical legal thinking. The originality of the analysis angle, which takes into account legal developments in regards of the changes in political rationality that occurred in the nineteenth century with the industrialization of Western societies, extends legal epistemology. A critical reflection on the evolution of theoretical concepts of law and its expected social role within society, considering the political and economical interplay, is suggested.

## Table des matières

<b>Résumé.....</b>	<b>iii</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>iv</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>v</b>
<b>Remerciements .....</b>	<b>viii</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>1. L'indemnisation des risques contemporains .....</b>	<b>19</b>
<b>A. Contexte : Sur les traces de la Société assurantielle.....</b>	<b>20</b>
I. Vers une responsabilité sociale.....	21
a. Le libéralisme : la responsabilité individuelle .....	23
b. L'accident : transformation du diagramme libéral.....	28
II. Vers une assurance sociale .....	36
a. La mise en risque du social.....	36
b. La société assurantielle.....	39
III. Vers un droit social.....	44
<b>B. L'assurance privée.....</b>	<b>53</b>
I. Considérations préliminaires sur l'assurance .....	54
a. La technique traditionnelle d'assurance .....	54
b. L'assurance au-delà de la technique .....	56
c. Les origines de l'assurance.....	59
II. Contrat d'assurance .....	61
III. Techniques financières d'assurance .....	69
a. Les limites d'assurabilité.....	70
b. Les techniques assurantielles complémentaires ou alternatives.....	74
i. Techniques de type assurantielles .....	75
ii. Marchés financiers.....	78
IV. Insuffisance de l'assurance privée .....	82
<b>C. La participation de l'État.....</b>	<b>84</b>
I. L'indemnisation .....	85
a. La pertinence de l'implication du public .....	85
b. La sécurité sociale .....	88
c. Les partenariats entre l'assurance privée et le secteur public .....	93
II. L'encadrement législatif de l'assurance privée.....	94
<b>Conclusion .....</b>	<b>98</b>
<b>2. La gestion des risques contemporains .....</b>	<b>102</b>
<b>A. Contexte : la Société du risque.....</b>	<b>103</b>
I. La première modernité.....	105
II. La seconde modernité.....	109
a. La société du risque .....	111
b. La société réflexive .....	121
<b>B. Le principe de précaution .....</b>	<b>124</b>
I. La prise de décision dans la société du risque.....	125
II. Le « principe » de précaution dans la doctrine juridique.....	127

III. La précaution en droit : considérations sémantiques et distinctions conceptuelles.....	135
IV. Le principe de précaution et le droit de la responsabilité civile.....	140
V. La précaution et l'assurance : considérations juridiques .....	146
<b>C. Le paradoxe de la société du risque en droit .....</b>	<b>156</b>
I. Les aspects juridiques de la société assurantielle dans la société du risque.....	157
II. Les aspects juridiques du principe de précaution dans la société du risque.....	165
<b>Conclusion .....</b>	<b>177</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>180</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>190</b>

*« Les risques dont on fait l'expérience présupposent un horizon normatif de sécurité perdue, de confiance brisée. C'est pourquoi les risques, même lorsqu'ils apparaissent muets, recouverts d'un habillage de chiffres ou de formules, restent par définition liés à un point de vue ; c'est pour cela qu'ils demeurent des poétisations mathématiques de visions déçues de la vie qui mériterait d'être vécue. Or, ces poétisations elles-mêmes demandent à être crues, ce qui équivaut à dire qu'on ne peut en faire l'expérience comme ça. En ce sens, on peut dire que les risques sont en négatif les images concrétisées des utopies dans lesquelles est conservé et revitalisé ce qu'il y a d'humain dans le processus de modernisation, ou du moins ce qu'il en reste. »*

- U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001, p. 51.

*« Le survivant lui-même a peur. Il a toujours eu peur. Mais les moyens dont il dispose en ont fait une peur démesurée et intolérable. Son triomphe peut être l'affaire de quelques minutes, de quelques heures. Mais la terre n'est nulle part, même pas pour lui. Les armes modernes en atteignent tous les points, lui aussi, on peut l'atteindre partout. Sa grandeur et son invulnérabilité se trouvent en conflit. Il est lui-même devenu trop grand. Les maîtres souverains tremblent aujourd'hui tout autrement pour eux-mêmes, comme s'ils étaient pareils aux autres hommes. L'antique structure de la puissance, son cœur et son noyau, la conservation du potentat aux dépens de tous les autres, s'est elle-même réduite à l'absurde, elle est en miette. La puissance est plus grande, mais aussi plus fugitive que jamais. Tout le monde survivra, ou alors personne.*

*[...]*

*La mort servant de menace est la monnaie de la puissance. Il est facile ici de l'empiler pièce sur pièce et d'en accumuler d'énormes capitaux. Mais pour celui qui veut avoir la prise sur la puissance, il lui faut regarder l'ordre droit dans les yeux, sans crainte, et trouver le moyen de lui ravir son aiguillon. »*

- E. CANETTI, *Masse et puissance*, Paris, Gallimard, 1966, p. 499-500.

## **Remerciements**

Je remercie chaleureusement : la professeure Marie-Ève Arbour, assesseure lors de l'atelier de présentation ; les professeurs Pierre Issalys et Bjarne Melkevik, membres du jury lors de l'évaluation finale ; le professeur André Bélanger, directeur de recherche ; et la professeure Louise Langevin, avec qui j'ai travaillé à titre d'auxiliaire d'enseignement et de recherche durant la rédaction de ce mémoire.

De sincères remerciements sont également adressés à la Faculté de droit de l'Université Laval et au Fonds Jacques-Deslauriers, qui ont offert leur soutien financier.



## Introduction

Au lendemain de l'adoption de l'Accord de Paris en vertu de la Convention-cadre sur les changements climatiques<sup>1</sup>, il serait difficile de nier que la gestion des risques contemporains constitue toujours aujourd'hui un thème de recherche d'envergure planétaire et surtout, prioritaire. La conclusion de ce type d'ententes interétatiques afin de gérer les « nouveaux risques systémiques » en appelle évidemment au droit international ; ce n'est toutefois pas sous cet angle que nous aborderons la problématique ici. Parce qu'au-delà des instruments internationaux, la gestion des risques conserve un ancrage de taille dans les stratégies politiques et juridiques nationales. Il s'agira plutôt de soulever les inconséquences des rationalités juridiques nationales occidentales face aux risques contemporains, lesquelles perpétueraient une « irresponsabilité collective » à laquelle il faut remédier<sup>2</sup>. Afin de préciser la problématique, certains éclaircissements méritent d'être apportés sur le rapport qu'entretient le droit avec la notion de risque.

Un aperçu de l'évolution historique de la notion de risque offre un bon point de départ en ce sens, puisqu'il permet d'établir comment la notion s'est rapidement intégrée dans le domaine juridique<sup>3</sup>. Le mot « risque » aurait été reçu définitivement dans la langue française autour des années 1650<sup>4</sup>. Son étymologie ne fait pas l'objet de consensus dans la littérature. Il est

---

<sup>1</sup> FCCC/CP/2015/L.9 GE.15-21930. L'Accord de Paris sera ouvert à la signature le 22 avril 2016 (art. 20), et entrera en vigueur « le trentième jour qui suit la date du dépôt des instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion par 55 Parties à la Convention qui représentent au total au moins un pourcentage estimé à 55 % du total des émissions mondiales de gaz à effet de serre » (art. 21). 196 pays y ont participé. Voir le texte de l'accord : <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/fre/109f.pdf>

<sup>2</sup> U. Beck parlera ainsi d'« irresponsabilité organisée ». Voir notamment U. BECK, *World At Risk*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 7-8. Cette problématique a d'ailleurs été l'objet d'un colloque intitulé *Prendre la responsabilité au sérieux*, s'étant déroulé le 11 et 12 juin 2015 au Collège de France, dans le cadre de la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités ». S'en est suivi la publication d'un ouvrage en novembre dernier : A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

<sup>3</sup> S. PIRON, « L'apparition du *resicum* en Méditerranée occidentale, XII<sup>e</sup> – XIII<sup>e</sup> siècles », dans E. COLLAS-HEDDELAND et al., *Pour une histoire culturelle du risque. Genèse, évolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales*, Strasbourg, Éditions Histoire et Anthropologie, 2004, p. 2 [En ligne].

<sup>4</sup> P. ROBERT et A. REY, *Le Grand Robert de la langue française (en ligne)*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2001, [risque] ; L. MAGNE, « Histoire sémantique du risque et de ses corrélats : suivre le fil d'Ariane étymologique et historique d'un mot clé du management contemporain », (2010) *IDEAS Working Paper Series from RePEc*, p. 2, [en ligne].

courant d'en situer les origines dans le terme italien *risco* (*rischio*) et *resicu*, dont les racines latines *resecare* renvoient à l'idée de tailler ou de couper<sup>5</sup>. Certains indiquent qu'il proviendrait plutôt de *rixicare*, du latin *rixare*, qui fait référence au fait de se quereller, d'où son lien avec le danger<sup>6</sup>. Par ailleurs, d'autres défendent d'une manière assez convaincante que ses racines ne seraient non pas italiennes, mais arabes. Elles se situeraient dans le terme *rizq*, qui signifie « provision, part de biens que Dieu attribue à chaque homme »<sup>7</sup> ou, plus simplement, chance ou fortune<sup>8</sup>. Rattaché aux prescriptions coraniques, le *rizq* n'évoquait toutefois pas le danger, mais avait plutôt une connotation positive : « quelque chose dont l'on doit aller chercher, une part prédestinée mais sur le mode de l'opportunité qu'il nous appartient de saisir et de transformer »<sup>9</sup>. Le passage de l'arabe *rizq* au latin *resicum*, et vers l'idée de danger menant à une perte, se serait produit à l'occasion des échanges entre marchands italiens et arabes vers le XII<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>. L'usage de ce dernier terme en Italie s'est d'ailleurs essentiellement circonscrit aux affaires commerciales, étant surtout utilisé en matière contractuelle pour impartir la charge du risque sur une partie<sup>11</sup>. En dépit de sa popularité dans le vocabulaire employé par les notaires des régions portuaires, le terme *resicum* ne s'immisce pas dans le lexique savant des juristes de droit canonique<sup>12</sup>. L'idée de risque y fait tout de même son entrée à travers l'utilisation d'un autre terme, tiré du droit romain, dont la signification rendait possible d'effectuer le rapprochement : *periculum*<sup>13</sup>. L'idée de risque qui s'intègre ainsi en droit a notamment permis de développer un raisonnement juridique permettant de contourner l'interdiction pontificale du prêt usurier, selon laquelle il n'était pas toléré de demander une somme supérieure à la valeur d'un bien ou service si aucune valeur n'avait été concrètement ajoutée<sup>14</sup>. Sur cette base, l'élaboration

<sup>5</sup> P. ROBERT et A. REY, préc., note 4.

<sup>6</sup> C. KERMISCH, *Le concept de risque. De l'épistémologie à l'éthique*, Paris, Tic & Toc, 2011, p. 5, référant à P. GUIRAUD, *Dictionnaire des étymologies obscures*, Paris, Payot, 1982.

<sup>7</sup> S. PIRON, préc., note 3, p. 11. Voir également L. MAGNE, préc., note 4.

<sup>8</sup> S. PIRON, préc., note 3, p. 14.

<sup>9</sup> L. MAGNE, préc., note 4, p. 10.

<sup>10</sup> S. PIRON, préc., note 3, p. 14. Selon lui, « *resicum* est rapidement devenu un mot standard du vocabulaire commercial latin dans tout l'espace de la Méditerranée occidentale, sous différentes graphies ». *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> *Id.*, p. 16. « L'explication tient sans doute pour partie à l'usage trop localisé du terme dans les seules régions méditerranéennes qui l'aurait rendu peu compréhensible dans les écoles parisiennes ; une réticence à l'égard d'un vocable dépourvu de grande antiquité a pu jouer également ». Voir *Id.*

<sup>13</sup> Ce terme était utilisé en droit romain « pour désigner à qui incombe la charge des dommages fortuits que peut subir un bien ». Voir *Id.*, p. 16-17.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 16 et suiv. L'idée de *profit* était donc bannie par la morale chrétienne.

de techniques d'anticipation, d'évaluation et de transfert des risques a permis de quantifier ceux assumés par le propriétaire immédiat ou médiat d'un bien – un prêteur par exemple – et d'augmenter la valeur corrélativement sans qu'il s'agisse d'un profit proscrit<sup>15</sup>. L'évolution du concept de risque dans le raisonnement juridique en matière contractuelle a ensuite ouvert la porte à un nouveau type de contrat différant du contrat du prêt et se définissant autour de la notion de risque elle-même : le contrat d'assurance à primes<sup>16</sup>. Le risque n'a donc pas été développé *par* l'assurance, mais a joué un rôle essentiel dans son émergence.

Aujourd'hui, la notion de risque se trouve dans de multiples dispositions liées à l'assurance, et est un des principaux éléments de la définition du contrat d'assurance<sup>17</sup>. Un revirement de situation semble même s'être opéré puisqu'en droit, le concept de risque réfère généralement aux techniques d'évaluation reprises et perfectionnées par l'assurance privée<sup>18</sup>. Dans ce contexte, le risque représente un rapport rationalisé à la réalité, et évoque la probabilité statistiquement déterminée d'occurrence d'un sinistre<sup>19</sup>. La notion n'est cependant pas confinée à l'assurance dans un contexte d'échanges économiques privés. Mis à part son rôle dans le développement de l'assurance privée, la délimitation des risques au moyen des probabilités a permis d'établir plusieurs régimes juridiques d'indemnisation qui n'avaient pas de visée commerciale et individuelle, mais plutôt sociale. Ces régimes législatifs ciblent des groupes sociaux, et sont liés par exemple au travail, à la vieillesse et à l'utilisation de l'automobile. Ils s'inscrivent dans l'ère des « Trentes glorieuses », du développement de l'État providence et de la montée en flèche d'un système de sécurité sociale<sup>20</sup>. Les risques « probabilisables » ne sont toutefois pas les seuls à être pris en charge

---

<sup>15</sup> S. PIRON, préc., note 3, p. 24.

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> C.c.Q., art. 2389. Par ailleurs, sur 114 occurrences du mot « risque » dans le *Code civil du Québec*, 66 se trouvent dans le chapitre sur les assurances, et 5 autres se situent dans des articles qui évoquent également l'assurance. Voir les articles 1073, 1148, 1227, 1331 et 1919 du C.c.Q.

<sup>18</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 186. Voir également la définition de *risque* dans le dictionnaire juridique de H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015. Sur quatre définitions proposées de la notion, seulement une ne fait pas référence à l'assurance implicitement ou explicitement. Dans le même sens : « Dès qu'elles se font plus précises, les définitions du risque sont empruntées au domaine économique, statistique, assurantiel, ou financier ». Voir C. KERMISCH, préc., note 6, p. 28.

<sup>19</sup> Il s'agirait d'un « événement éventuel, prévisible mais incertain quant à sa survenance ou à la date de sa survenance, dont la réalisation ne dépend pas uniquement de la volonté de l'assuré et qui est susceptible de lui causer un préjudice ou un dommage ». Voir H. REID, préc., note 18, [risque].

<sup>20</sup> F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986.

par le droit, ce qui peut poser problème considérant la posture réaliste du discours juridique<sup>21</sup>.

À mesure que l'incertitude concernant les dangers encourus augmente, comme dans le cas des risques que pourraient receler les OGM<sup>22</sup>, les champs électromagnétiques<sup>23</sup>, les nanotechnologies<sup>24</sup>, sans oublier le terrorisme<sup>25</sup>, le portrait statistique de la réalité devient plus abstrait. L'essence du risque se déploie alors dans toute sa complexité : incalculable, inquantifiable, voire inqualifiable. Face à celui-ci, le raisonnement juridique perd ses repères. Dans ce contexte, le fait de recourir à une conception *réaliste* du risque ne permet pas de tenir compte de la nature complexe des risques catastrophiques. Celle-ci demande de « considérer [le risque] comme la conjonction de la possibilité de réalisation d'un événement et de ses conséquences négatives telles qu'elles se manifesteront effectivement toutes deux *dans le monde réel*, en fonction de circonstances futures »<sup>26</sup>. Un des principaux désavantages de cette posture est son inaptitude à tenir compte de la dimension de construction sociale du risque<sup>27</sup>. L'existence de celui-ci, même en situation d'incertitude, dépend d'une preuve scientifique *et* d'un discours politique, économique, social, culturel sur ce qu'il constitue<sup>28</sup>. Le positivisme caractérisant fortement la pensée juridique

---

<sup>21</sup> Sur les limites d'une définition des risques fondées sur les probabilités, voir C. KERMISCH, préc., note 6, p. 29.

<sup>22</sup> « Sur la scène canadienne, une question qui demeure litigieuse à l'endroit de la commercialisation des OGM est celle de la correcte évaluation des risques qu'ils peuvent poser pour l'environnement et la santé humaine par les agences gouvernementales concernées ». Voir C. NÈGRE et H. TRUDEAU, « La réglementation des OGM au Canada et sur la scène internationale : similitudes et divergences », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 306, *Développements récents en droit de l'environnement 2004*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 22.

<sup>23</sup> Pensons entre autres à la saga concernant l'installation par Hydro-Québec de compteurs de consommation d'électricité nouvelle génération, utilisant des radiofréquences. Voir notamment *Morency c. Syndicat des copropriétaires du 13061 Forsyth*, 2014 QCCS 4083 (CanLII). Par ailleurs, au sujet de la perception des risques entourant l'installation d'une tour de télécommunication, voir *White c. Châteauguay (Ville de)*, 2013 QCCS 3138 (CanLII).

<sup>24</sup> Voir notamment F. MANIET, *Nanotechnologies et produits de consommation : quels risques ? quels encadrements ?*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.

<sup>25</sup> L'incertitude concernant les risques terroristes pousse vraisemblablement à des mesures drastiques, comme la *Loi antiterroriste (2015)*, ou *Loi édictant la Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada et la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, modifiant le Code criminel, la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, L.C. 2015, c. 20.

<sup>26</sup> C. KERMISCH, préc., note 6, p. 36.

<sup>27</sup> J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », (2012) 17 *Lex electronica* 1, 9.

<sup>28</sup> Voir notamment C. KERMISCH, préc., note 6.

expliquerait probablement que le droit persiste à maintenir une conception réaliste des risques, demeurant relativement étranger au constructivisme des risques<sup>29</sup>. Que ce soit un choix « présumé sinon inconscient », faudrait-il se résoudre à y constater la « prédominance d'un paradigme instrumental dans la gestion juridique du risque qui repose largement sur une épistémologie réaliste du risque et qui ce faisant renforce l'étanchéité de la frontière entre les sphères scientifiques et politiques »<sup>30</sup> ? Quoi qu'il en soit, la confusion conceptuelle au sujet de la notion de risque engendre certainement des conséquences sur les choix politiques quant aux modes de gestion des risques contemporains, et donc forcément sur le droit applicable en la matière.

Cette complémentarité entre la politique et le droit tient évidemment au fait que l'art de gouverner se traduit à travers le droit et la forme que prennent les institutions juridiques<sup>31</sup>. En droit, la notion d'État désigne « un ordre juridique souverain »<sup>32</sup>. Or, l'État-nation occidental se présente sous la forme d'un *État de droit*, qui « [...] réfère au principe de l'exclusion de l'arbitraire comme mode de gouvernement et à la nécessité, pour les gouvernants, de fonder leur pouvoir de contrainte sur une habilitation conférée par la Constitution ou par une règle de droit compatible avec celle-ci »<sup>33</sup>. Le principe de *primauté du droit* y prévaut, impliquant « la nécessité de créer et de maintenir un ordre réel de droit

---

<sup>29</sup> J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, 11. Le positivisme prévaudrait également en droit québécois. Voir M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 4.

<sup>30</sup> J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, 11.

<sup>31</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1878-1879*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 170.

<sup>32</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY ET E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. II.25 [en ligne].

<sup>33</sup> Voir N. DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principe fondamentaux*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 80. C'est depuis les années 1990 que la forme d'État de droit serait devenu un « standard international ». Voir M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », (2009) 130-3 *Revue de synthèse* 465, 467, référant à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 176. Elle se serait notamment inspirée de « Montesquieu opposant le gouvernement par le droit au despotisme du gouvernement par les hommes ». Voir *Id.*, référant à B. BARRET-KRIEGEL, *L'État et les esclaves. Réflexion pour l'histoire des États*, Paris, Calmann-Lévy, 1979 et B. BARRET-KRIEGEL, « État de droit », dans *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 415-418. L'État de droit prend forme d'abord en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle, puis en France au XX<sup>e</sup> siècle. Voir *Id.*, référant à O. JOUANJEAN (dir.), *Figures de l'État de droit, le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001 et L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif»<sup>34</sup>. Or, le « droit » sur lequel repose le pouvoir de l'État-nation y est « conçu comme expression de l'intérêt général et des valeurs collectivement admises »<sup>35</sup>. Les lois adoptées par l'État, investi du pouvoir législatif, laissent néanmoins transparaître ses stratégies politiques qui s'intègrent directement dans « le » droit<sup>36</sup>. Il en va de même quant aux stratégies politiques de gestion des risques, qui s'intègrent à l'ordre de droit positif et encouragent sa densification. En effet, les textes législatifs à ce sujet sont en nombre grandissant<sup>37</sup> : toujours plus d'interdictions, de régimes d'indemnisation et de responsabilités particulières y sont prévus, sans compter les procédures à suivre et les autorisations à obtenir par les entreprises. Lorsqu'il est question des risques contemporains, des « dérives de l'État de droit » et des règles de droit applicables sont néanmoins envisageables, justifiées par un « état d'urgence », ce qui minerait potentiellement la garantie des droits fondamentaux<sup>38</sup>. Dans ce contexte, le droit demeure-t-il un frein à l'arbitraire de l'État lorsqu'il s'agit de circonscrire ce que constitue un risque et de déterminer des modes de gestion qui seraient conforme à la justice ?

La gestion législative des risques exprimant la raison d'État doit aussi tenir compte de la

---

<sup>34</sup> Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721, cité dans P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis des institutions administratives*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 58.

<sup>35</sup> P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 57.

<sup>36</sup> Ewald propose que la règle de jugement d'un système s'analyse en fonction du *diagramme* politique, concept développé par M. Foucault dans *Surveiller et punir*. Il décrit le diagramme d'une part comme « [t]out le contraire d'une utopie : non pas le rêve d'un autre monde, mais ce monde-ci dans l'imagination de sa pure rationalité. C'est le schéma, la figure du fonctionnement parfait d'une machine sociale ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 51. D'autre part, le diagramme politique se caractérise aussi par « le principe de son autorégulation », le politique cherchant inévitablement à « trouver un dispositif qui, à l'exemple du panoptique, fonctionnerait indéfiniment tout seul : autorégulé ». Voir *Id.* Cela se répercute inévitablement à travers le système législatif, l'État étant investi d'un pouvoir législatif. Voir notamment H. BRUN, G. TREMBLAY ET E. BROUILLET, « La souveraineté parlementaire », dans *Id.*, préc., note 32, par. VIII.3 à VIII.37 [en ligne].

<sup>37</sup> L'inflation normative est un phénomène plutôt généralisé en droit. Le *Regroupement Droit, changements et gouvernance*, mené par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, consacre d'ailleurs le cycle de conférences 2015-2016 sur le sujet « Normes énormes » : inflation normative, inflation contractuelle, inflation doctrinale et inflation législative sont abordées. L'activité législative et réglementaire de l'État ne serait toutefois pas majoritairement responsable du phénomène global de l'inflation normative. En effet, depuis plus d'une décennie, on remarque l'accroissement des normes privées au détriment du droit étatique. À ce propos, voir notamment D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43(2) *Les Cahiers de droit* 143.

<sup>38</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, préc., note 33. Sur la question en droit québécois, voir également H. BRUN, G. TREMBLAY ET E. BROUILLET, préc., note 32, par. IX.165-IX.218 [en ligne].

rationalité des acteurs privés, dont l'influence est loin d'être minime en droit. En effet, les relations contractuelles qu'entretiennent les acteurs privés et publics participent activement à la croissance normative. Cela s'inscrit dans un phénomène plus large de *contractualisation* du droit, qui s'exprime de plusieurs façons dans le milieu assurantiel<sup>39</sup>. De plus, le nombre de contrats d'assurance est loin d'être en diminution, bien au contraire<sup>40</sup>. Des produits d'assurance sans cesse diversifiés sont offerts, et l'étendue des prestations qui y sont proposées en cas de sinistre dépasse fréquemment le préjudice subi<sup>41</sup>. Le marché de l'assurance suggère ainsi « d'acheter » l'idée d'une sécurité matérielle durable dans le temps, laquelle laisserait les assurés indemnes face à une panoplie d'aléas du quotidien. En arrière-plan, les assureurs procèdent eux aussi à de multiples arrangements contractuels toujours plus complexes<sup>42</sup>. Certes, ils doivent se conformer à la législation applicable dans l'État où ils font affaire. Toutefois, avec la mondialisation de l'économie de marché, les compagnies d'assurance, au même titre que tout type de grandes entreprises, se positionnent désormais sur un échiquier mondial. Leurs montages financiers sont organisés en fonction des avantages dont ils peuvent bénéficier dans d'autres systèmes juridiques<sup>43</sup>.

Par ailleurs, l'on peut douter que l'assurance soit la solution à tous les dommages que les risques contemporains laissent présager, non seulement à cause de leur ampleur, mais surtout parce que l'indemnisation n'est pas suffisante lorsqu'ils affectent autre chose que le patrimoine économique des individus, par exemple en matière de santé ou d'environnement. Ceci obligerait-il à voir les limites de l'assurance en tant que mode de gestion des risques dans la société contemporaine ? La question d'une limite de l'assurance privée face aux nouveaux risques systémiques a fait l'objet de vifs débats. D'un côté, U. Beck indique que

---

<sup>39</sup> Au sujet du phénomène de la contractualisation, voir notamment S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

<sup>40</sup> « Globalement, le montant des primes ou cotisations souscrites sur le marché québécois a augmenté de près de 77 % en dix ans, passant de 11,6 milliards de dollars en 2000 à 19,1 milliards de dollars en 2010 ». Voir MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, *Rapport sur l'application de la Loi sur les assurances et de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, Québec, Gouvernement du Québec, 2013, p. 9.

<sup>41</sup> Plusieurs contrats d'assurance de dommages peuvent inclure des clauses de valeur à neuf.

<sup>42</sup> Contrats de société, contrats de réassurance ou de coassurance, titrisation des risques, etc.

<sup>43</sup> Il s'agit du phénomène de *law shopping*. Voir par exemple A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 285. Au surcroît, les droits nationaux de divers États seraient évalués selon leur « efficacité économique », ce qui laisserait entrevoir que les systèmes correspondant le moins aux « attentes financières des investisseurs » seraient peut-être amenés à disparaître. Voir *Id.*, notamment aux p. 210 et 388.

la limite de l'assurance privée est l'indicateur qui marque l'avènement de la « société du risque », dans laquelle la nature catastrophique des risques les rend inassurables. De l'autre, R. Ericson et A. Doyle nient que l'assurance atteigne une telle limite. Selon eux, l'assurance pourrait très bien composer avec l'incertitude marquée des risques catastrophiques<sup>44</sup>.

D'ores et déjà, des solutions juridiques alternatives et complémentaires à l'assurance ont néanmoins été mises en place pour faire face aux risques catastrophiques. Un de ceux qui ont retenu l'attention dans la dernière décennie est certainement le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible<sup>45</sup>. Celui-ci a été intégré dans plusieurs instruments juridiques, autant au niveau national qu'international<sup>46</sup>. Son application viserait essentiellement à encadrer la prise de décision des autorités étatiques. Sa promotion en droit peut toutefois laisser entrevoir l'ouverture d'une boîte de Pandore, tant sa substance normative semble *a priori* floue<sup>47</sup>. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'il soit invoqué au soutien d'intérêts irréconciliables<sup>48</sup>. Et il n'est pas clair si sa valeur normative peut ou doit être concrètement étendue à d'autres domaines du droit, par exemple celui de la responsabilité civile.

En bref, le droit semble toujours tirer profit d'une seule conception de la notion de risque,

---

<sup>44</sup> Voir R. V. ERICSON et A. DOYLE, « Catastrophe risk, insurance and terrorism », (2004) 33-2 *Economy and Society* 135. Nous verrons donc si une analyse juridique du conflit concernant la limite de l'assurance privée permet de nous positionner face à ce conflit. Notons que la question de la limite de l'assurance a été traitée dans une perspective sociologique : M. CHARBONNEAU, *La théorie de la société du risque à l'épreuve de l'économie politique de l'assurance : état des lieux du débat autour du principe d'inassurabilité privée chez Ulrich Beck*, Mémoire, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2011. Au terme de sa recherche, l'auteur adhère à la position d'Ericson et Doyle. Nous ne partageons toutefois pas ses conclusions.

<sup>45</sup> S. COMPTOIS, « L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien », (2006) 66 *R. du B.* 401. Comme nous le verrons, il existe plusieurs variantes de la définition du principe de précaution.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », dans F. EWALD, F. GOLLIER et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Que-sais-je ?, Paris, Presses de l'Université de France, 2008, p. 73.

<sup>48</sup> Par exemple, des organisations réclament l'arrêt de certaines technologies potentiellement dommageables au nom du principe de précaution, alors que des acteurs économiques justifient la poursuite d'activités jugées dangereuse par la population sur la foi de s'y être conformé. Cela rejoint un débat au sujet des différentes « forces » que peut avoir le principe de précaution : principe d'action ou d'abstention, version *forte* ou *faible*. Voir la sous-section B-III de la deuxième partie. Les principales controverses concerneraient la possibilité qu'il soit « un frein au progrès scientifique », qu'il engendre une perte de légitimité de l'appareil étatique, et qu'il ne tienne compte essentiellement que des risques en lien avec la sûreté des populations. Voir C. KERMISCH, préc., note 6, p. 74.



une conception *réaliste*, laquelle prévaut également dans l'industrie de l'assurance. Cette problématique soulève une apparence de décalage entre le discours juridique et les différents discours « extrajuridiques » en matière de gestion des risques qui en soulignent la dimension de construction sociale. Au-delà des intérêts directs des assurés, la « surassurantialisation »<sup>49</sup> et l'inflation normative dans le domaine de la gestion des risques semblent servir d'autres intérêts. Sont-ils ceux des individus et de la nature, ou ceux d'entités fictives reconnues par le droit, comme les entreprises et l'État ? Certes, la « riscophobie » dont les sociétés occidentales sont atteintes, et qui se traduit à travers un besoin de sécurité exacerbé, « aboutit à une diminution de la résistance à l'autorité et à une soumission spontanée [...] cette focalisation induit une demande sécuritaire croissante à laquelle le pouvoir répond par une limitation des libertés »<sup>50</sup>. Si la relation de pouvoir et de domination instituée par un système juridique n'est pas une révélation<sup>51</sup>, celle qui transpire des systèmes juridiques de gestion des risques laisse planer des interrogations sur l'interaction entre le droit et le marché de l'assurance, voire sur la possibilité d'assujettissement du premier au second. Ainsi, il est apparu essentiel de se poser la question suivante :

Quels constats sur le droit et sur la gestion juridique des risques contemporains peuvent être tirés de l'analyse de l'évolution du droit de l'assurance et du principe de précaution ?

À titre d'hypothèse générale, nous posons que la limite de l'assurance a généré une crise de la légitimité des institutions politiques et juridiques. La responsabilité civile et l'assurance – et le régime juridique qui les concerne – ne suffiraient plus à atténuer les conséquences du développement technologique et industriel dans la société contemporaine. Leur fonction sociale face au développement industriel serait ainsi remise en question. Afin de rétablir la légitimité des institutions politiques dans la prise de décision au sujet de l'innovation

---

<sup>49</sup> Par exemple, le développement de certains outils utilisés par les assureurs dans la collecte d'information sur le comportement des assurés, particulièrement avec la domotique, ne participe pas à promouvoir le respect des droits fondamentaux individuels, et notamment le droit à la vie privée. Cette situation est-elle à l'avantage de l'assureur ou de l'assuré ?

<sup>50</sup> C. KERMISCH, préc., note 6, p. 75, référant à M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France*, Paris, Gallimard et Le Seuil, 2004.

<sup>51</sup> A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 177.

technologique, il se produirait actuellement une multiplication exponentielle des normes juridiques et une complexification imminente du droit applicable. Cela se manifesterait autant en amont, soit dans la consécration d'un principe de précaution dans le système juridique national, qu'en aval, au niveau de l'indemnisation. La densification du système juridique étatique en la matière, en apportant des modifications substantielles dans le droit applicable, participerait néanmoins à ce que les institutions demeurent formellement les mêmes. Ceci nierait la spécificité de la réalité sociale à la lumière de laquelle la gestion des risques contemporains devrait être comprise. Selon Ulrich Beck, la perspective nationale relativement à la dynamique des risques serait désuète<sup>52</sup>, et tendrait à accroître les risques plutôt que d'en assurer une gestion concrète à travers le maintien d'institutions sociales qui reproduiraient les mêmes problèmes. En bref, les risques contemporains continueraient d'être gérés au moyen d'une rationalité politique et juridique issue du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est pourquoi une réflexion sur le rôle du droit contemporain et sur la pertinence d'amorcer des réformes institutionnelles semble nécessaire afin d'envisager un régime d'indemnisation et de gestion des risques global et désancré d'une politique nationale.

En outre, notre hypothèse principale nous a menés à nous poser deux sous-questions. D'une part, nous nous sommes demandé en quoi consiste la limite posée par les risques contemporains dans la pratique assurantielle, et quel est son impact en droit des assurances. De prime abord, nous avançons l'hypothèse que la limite de l'assurance se situerait à l'endroit où le contrat d'assurance ne permettrait plus une gestion autonome des risques encourus par la société. L'intervention de l'État deviendrait constamment nécessaire afin de pallier ce qui apparaîtrait comme étant des lacunes dans la relation contractuelle. Par ailleurs, l'évolution de l'assurance privée aurait eu comme effet d'écarter un important pan du rôle de l'assurance privée dans la promotion d'une certaine justice *sociale*, rôle qu'elle avait su jouer avant de devenir un outil financier dans une économie elle-même financiarisée. Dans ce contexte, et considérant les besoins de sécurité toujours plus urgents de la population, une intervention positive de l'État serait désormais nécessaire pour que l'institution de l'assurance puisse demeurer symbole de justice et ne devienne pas à son tour une menace. Qu'elle prenne la forme d'un régime d'assurance sociale, de mesures afin

---

<sup>52</sup> U. BECK, *World at Risk*, préc., note 2, p. 76.

d'encadrer l'assurance privée ou encore d'un partenariat entre le public et le privé, les initiatives étatiques procèderaient nécessairement par une multiplication de textes normatifs. L'État demeurerait *assureur de dernier recours* au sens où peu importe la forme du système de gestion des risques mis en place, lorsque l'on atteindrait la limite de l'assurance, dictée par les lois du marché, ce serait nécessairement à celui-ci que reviendrait la tâche de rétablir une sécurité sociale ou de réparer les pots cassés. Malgré la « crise »<sup>53</sup> que l'État providence a connue à l'aube des années 1980, le schème juridique qui a accompagné l'institution de ce modèle fortement réglementé et interventionniste tendrait à être reconduit afin de gérer des risques contemporains. La société assurantielle serait par le fait même réinstituée. Cette autoreproduction d'un système social en perpétuelle crise rendrait impossible un changement au niveau de l'idéologie politique en vogue permettant au droit de se réformer et de mieux s'adapter aux modifications symbolisant une nouvelle conception de la société.

La limite de l'assurance sous-entendrait par ailleurs que les dommages reliés à un risque puissent être de nature catastrophique, sans compter que certaines conséquences ne puissent tout simplement pas être indemnisables financièrement. C'est pourquoi de nouvelles postures vis-à-vis des risques seraient adoptées, dont le principe de précaution. Nous chercherons ainsi à savoir, d'autre part, en quoi consiste le principe de précaution, et quel est son impact en droit civil. Tel que consacré dans la loi, celui-ci nous apparaît s'adresser essentiellement à l'État. Conformément à son application, l'autorité étatique serait amenée à adopter un nombre toujours grandissant de mesures par voie législative et réglementaire afin d'encadrer les activités et produits susceptibles d'engendrer des dommages graves et irréversibles. Parmi ces mesures, certaines pourraient avoir des répercussions sur le droit civil. On peut penser aux assurances obligatoires et à de nouvelles sources de responsabilité

---

<sup>53</sup> Selon Ewald, la crise de l'État providence, qui a été révélée aux termes des Trentes glorieuses, aurait toujours été inscrite dans sa logique même, découlant de sa propension à tenir l'ordre social institué à l'écart des impératifs économiques. Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 542. Mais au-delà d'une crise concernant les ressources financières disponibles afin de mettre en oeuvre ses politiques de gestion de risques, comme souligne C. Pollak, la crise de l'État providence est « aussi une crise de couverture. Elle résulte d'une protection insuffisante de nouvelles situations ou d'un agencement inadapté de la prise en charge qui a pu conduire à son tour à un accroissement des inégalités. » C. POLLAK, « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », (2011) 125 *Travail et Emploi* 67, par. 4 [en ligne]. La crise de l'État providence et l'influence de l'idéologie néo-libérale qui est devenue prédominante dans les États occidentaux ont également été vécues au Québec et au Canada. Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 40-41.

pour les acteurs sociaux. Mais le *principe* de précaution ne devrait pas être confondu avec une *théorie* du principe de précaution, ou encore avec une *philosophie*, une *éthique* de précaution. De plus, le flou juridique subsistant quant à l'impact potentiel d'un principe de précaution au niveau de la responsabilité civile des entreprises serait source d'inquiétudes pour les assureurs, principalement en assurance responsabilité civile, puisque cela serait susceptible de jouer sur l'estimation du risque représenté par une entreprise. Cette incertitude pourrait venir accentuer la limite de l'assurance privée. Enfin, et en considérant les conclusions de la dernière partie, l'interaction entre le principe de précaution et l'assurance en droit permettrait plus généralement de constater l'idéologie derrière le système juridique actuel, et de voir comment la gestion des risques contemporains servirait essentiellement les intérêts de l'économie de marché.

La méthodologie de recherche utilisée afin d'illustrer ces hypothèses sera d'une part herméneutique ; il s'agira d'interpréter le droit applicable et les sources doctrinales pertinentes afin d'en dégager le discours juridique au sujet de la gestion des risques<sup>54</sup>. D'autre part, la méthode analytique<sup>55</sup> permettra d'éclaircir l'interaction des discours juridique, économique et politique qui embrassent les notions d'assurance et de principe de précaution. Les interprétations et analyses seront mises en contexte par un recours à des théories philosophiques et sociologiques. Des liens seront effectués entre les éléments constitutifs de ces théories et diverses sources doctrinales.

---

<sup>54</sup> Au sujet de la méthodologie herméneutique, voir M. CUMYN et M. SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », dans G. AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2<sup>e</sup> journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 57-92. Plus spécifiquement, « [l]a recherche sur le droit se situe dans le prolongement de la recherche en droit et emprunte les mêmes méthodes fondées sur l'interprétation. Ainsi, nous sommes d'avis que la méthodologie juridique tant normative que descriptive ou critique est essentiellement une méthodologie du type herméneutique ». Voir *Id.*, p. 74-75.

<sup>55</sup> La méthode analytique est utile afin d'isoler ce qui appartient spécifiquement au discours juridique et à d'autres discours, comme le discours politique ou économique. Cette méthodologie est notamment utilisée par N. Bobbio. Voir N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998. Elle se caractériserait entre autres par l'analyse « d'éléments simples plutôt que les ensembles », par le fait d'« étudier les concepts juridiques fondamentaux » et d'analyser le sens du langage utilisé à travers un exercice de définition. Voir R. GUASTINI, « Norbert Bobbio, ou de la distinction », dans *Id.*, p. 1-2. A. Ross aurait également recours à ce type de méthodologie : « La philosophie juridique (théorie du droit) [de A. Ross] consiste dès lors, en recourant à la posture analytique, à clarifier le langage nécessaire à la description. » Voir E. MILLARD, « Présentation », dans A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 8.

Au niveau du cadre théorique retenu, les notions de *société du risque* et de *société assurantielle* seront explicitement présentées dans le corps du mémoire, lesquelles font respectivement l'objet des travaux de Ulrich Beck et de François Ewald. La pertinence de chacune de ces théories sera davantage discutée lors de leur présentation en détails. Afin de donner un aperçu du propos que nous dégagerons de ces théories, établissons d'ores et déjà que la société moderne, en réponse aux dangers liés à l'industrialisation, a placé les risques que les uns faisaient courir aux autres au cœur des rapports entre les individus. Elle a ainsi institué un système d'assurance les garantissant contre les risques sociaux. Mais au-delà du nombre grandissant d'assurances publiques et privées qui prennent place, la *société assurantielle* réfère plus largement à un diagramme politique qui s'inspire de l'assurance, à une société qui se réfléchit à travers l'assurance et dont le système juridique se construit sur la base de cet imaginaire<sup>56</sup>. L'instauration de cette société assurantielle a supporté les conséquences de la modernisation des sociétés occidentales, soit les conséquences des nouvelles techniques et pratiques nécessaires à l'essor de la société industrielle. Or, l'industrialisation a elle-même engendré bon nombre de conséquences néfastes qui ne se manifestent pas seulement de manière structurelle, et dont l'ampleur leur vaut d'être qualifiés de catastrophiques. Ce sont ces conséquences qui constituent les risques contemporains, qui représentent l'environnement premier de la *société du risque*. Le passage à celle-ci se serait produit dès lors que la limite de l'assurance privée a été dépassée<sup>57</sup>. La société deviendrait à la fois menacée par la science et dépendante d'elle. Il en est ainsi en raison de la participation des activités scientifiques à l'accroissement des risques catastrophiques, et paradoxalement son rôle incontournable dans la recherche de solutions face à ceux-ci, entre autres par la production de connaissances à leur sujet<sup>58</sup>. Critiquant l'interaction entre les rationalités politique, juridique et scientifique, la théorie de

---

<sup>56</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20.

<sup>57</sup> U. BECK, *World at Risk*, préc., note 2, p. 132.

<sup>58</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001. « La science a commencé par détruire le mythe du Moyen Âge et maintenant la science est obligée, en fonction de son propre contenu, de réaliser qu'elle a simplement remplacé un mythe par un autre ». Voir H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1968, p. 178, citant Von Weitzsäcker.

Beck permet entre autres de soulever les sophismes du discours juridique proposé par la société contemporaine<sup>59</sup>.

En ce qui concerne le type de recherche juridique<sup>60</sup>, notre étude s'inscrit dans le cadre de la recherche fondamentale en droit, en ce qu'elle vise à mieux comprendre le droit relatif au sujet en tant que discours au regard des sciences sociales et de la philosophie, tel un phénomène social<sup>61</sup>. Cette approche, par laquelle des constats *sur* le droit sont dégagés<sup>62</sup>, permet à « notre système juridique de suivre le pas d'une société et d'un milieu intellectuel en pleine évolution »<sup>63</sup>. En ce sens, nous proposons de poser un regard théorique interdisciplinaire sur le phénomène social entourant le droit applicable en matière de

---

<sup>59</sup> Le fait que celle-ci se présente à la fois comme société assurantielle et comme société du risque est une situation dont il déplore l'ironie et qui constituerait selui lui une moquerie. U. BECK, *World at Risk*, préc., note 2, p. 138-139.

<sup>60</sup> Au sujet des caractéristiques reliées aux différents types de recherche en droit, nous nous référons notamment à CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA (CRSH), *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983. Des considérations supplémentaires seront par ailleurs fournies dans le corps du texte ponctuellement afin d'apporter des précisions nécessaires. Nous évitons de les reprendre toutes en introduction pour éviter d'alourdir la lecture avec une liste d'éléments repris hors de leur contexte.

<sup>61</sup> CRSH, préc., note 58, p. 75 et 77-78. Nous ne proposons pas de procéder à une recherche strictement empirique puisque « [l]a sociologie empirique continue de procéder à l'élimination de tout sens transitif. [...] à partir du moment où elle a supprimé l'excès de sens "non réaliste", la recherche se confine dans l'espace où la société établie justifie et rejette les propositions. De par sa méthodologie, cet empirisme est idéologique. [...] La recherche qui est liée à ce schéma devient circulaire et se justifie par elle-même ». Voir H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, préc., note 58, p. 138-140. Dans le même sens qu'Habermas au sujet du rôle de la sociologie, et afin que notre critique de « l'idéologie technocrate » ne sombre pas elle-même dans l'idéologie (ce dont Habermas accusera Marcuse, voir J. HABERMAS, *Théorie et pratique*, Paris, Payot, 2006, p. 360), nous croyons que la science juridique doit jouer un « double rôle », à la fois celui d'une science *critique* qui « devrait justement penser d'un point de vue fictif établi par extrapolation : celui d'un sujet universel de l'action sociale » et d'une science *analytico-empirique*, « qui est immédiatement intégrée au système d'action, doit en tout état de cause ignorer le point de vue de l'acteur ». Voir *Id.*, p. 316. C'est ainsi que la science juridique « peut accéder à la conscience de soi et qu'elle peut se protéger et protéger la société d'une manipulation non critique des choses établies et de sa consolidation (ou de sa transformation) à l'aide de moyens scientifiques naïvement utilisés ». Voir *Id.*

<sup>62</sup> Au sujet des débats quant à l'existence même d'un « droit », quoique ceux-ci nous interpellent, nous avons dû remiser cette réflexion pour des recherches ultérieures. Voir par exemple F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 32 : « C'est à savoir qu'à parler de droit en général, on ne parle de rien d'existant, c'est reconnaître qu'il n'y a pas de sens à prétendre dire la vérité sur le droit, tout discours sur le droit appartenant à une expérience juridique et devant se situer par rapport à elle ». Sauf indication contraire, nous référons toutefois au droit dans son sens commun occidental afin d'alléger le texte, soit un « [e]nsemble des règles régissant la vie dans une société donnée et qui sont sanctionnées par une autorité publique ». Voir H. Reid, préc., note 18, [droit]. En ce sens, nous référons à la notion telle qu'entendue dans le « droit continental », où « la notion de Droit majuscule est liée à celle d'État ; elle appelle un adjectif qui en précise l'emprise territoriale », par opposition aux systèmes de common law. Les deux systèmes juridiques seraient néanmoins issus d'une même tradition, dont « [l]a principale [caractéristique] est d'avoir institué le droit en système autonome ». Voir A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France (2012-2014), préc., note 43, p. 75.

<sup>63</sup> CRSH, préc., note 60, p. 78.

gestion des risques contemporains, et plus précisément concernant l'assurance et le principe de précaution. L'hypothèse suggérée bénéficiera de ce recours à l'interdisciplinarité, en ce que :

[l]interdisciplinarité n'est pas le prolongement du positivisme ambiant, il ne s'agit pas de faire plus de la même chose, [...] mais de faire autre chose : on soutient l'interdisciplinarité parce que l'on soupçonne que dans un autre monde de sens peut résider la clef d'une impasse scientifique autrement insoluble. [...] Or, l'interdisciplinarité suppose un jugement épistémologique plus prospectif que rétrospectif : sa valeur scientifique réside davantage au niveau de l'utilité attendue dans le futur qu'au niveau des gestes méthodologiques posés dans le passé.<sup>64</sup>

Malgré les références à d'autres sciences humaines, l'étude demeure pertinente dans l'enceinte de la Faculté de droit. L'interdisciplinarité dans les sources théoriques ne signifie pas l'absorption du droit par les autres discours disciplinaires auxquels il est fait référence<sup>65</sup>. L'interaction et l'influence réciproque du discours de la science juridique avec les discours sociologiques<sup>66</sup> et politiques peuvent « répond[re] à un intérêt 'émancipatoire' qu'il [Habermas] définit comme une "auto-réflexion (qui)... affranchit le sujet à l'égard de puissances hypostasiées" et que l'on peut associer à une théorie du droit à la fois critique et interdisciplinaire, adoptant un point de vue externe modéré à l'égard de son objet »<sup>67</sup>. L'interdisciplinarité permet de ne pas demeurer naïf par rapport au droit et à l'influence qu'il subit.

Au-delà de l'apport d'autres disciplines, le décroisement de notre raisonnement nécessite d'adopter une deuxième posture, concernant cette fois spécifiquement la science juridique. La question que nous nous sommes posée nous a obligés à visiter plusieurs branches du droit différentes, notamment le droit des assurances, le droit de la responsabilité et des obligations, le droit administratif et le droit public. Autrement dit, il a fallu prendre l'objet « droit » dans son ensemble. Vu la compartimentation du savoir juridique qu'induit

---

<sup>64</sup> V. LEMAY, « La propension à se soucier de l'Autre : promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile », dans F. DARBELLAY et T. PAULSEN (dir.), *Au miroir des disciplines : réflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherche inter et transdisciplinaires*, Berne, Peter Lang, 2011, p. 33-34.

<sup>65</sup> M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, « Science du droit, sciences humaines et sociales, fiction littéraire et artistique. Pour un dépassement interdisciplinaire des frontières », dans S. CHASSAGNARD-PINET et al. (dir.), *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 62-63.

<sup>66</sup> Sans adopter une posture radicalement extra-disciplinaire, nous nous rallions à un « point de vue externe modérée », suggérée dans F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit », dans F. CHAZEL et J. COMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 73.

<sup>67</sup> M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 65, p. 66.

généralement l'étude du droit au baccalauréat, il s'agit d'une gymnastique qui s'avère un passage obligé dans le cadre d'études de deuxième cycle afin d'espérer acquérir une autonomie en recherche. En effet, comme le souligne à juste titre A. Supiot :

[...] on ne peut aborder les questions de fond, qui affectent l'évolution du droit dans son ensemble, sans devoir sortir du confort d'une branche du droit déterminée. Il faut donc pratiquer une "intradisciplinarité", rendue difficile par la croissance exponentielle des sources juridiques et la division du travail de recherche entre des spécialités de plus en plus étroitement définies.<sup>68</sup>

Le caractère macrojuridique de notre analyse a peut-être le désavantage de ne pas relever tous les détails par rapport au droit positif applicable à chacun des aspects juridiques soulevés, ni de présenter toutes les positions développées dans la littérature. Le choix de développer une réflexion synthétisante du droit en matière de gestion des risques se montrait effectivement difficilement conciliable avec toute exigence d'exhaustivité, surtout considérant qu'il s'agit d'une recherche de niveau de maîtrise. L'analyse du principe de précaution et de l'assurance en droit a toutefois permis d'exemplifier une réflexion au sujet du droit contemporain qui déborde nécessairement du contexte de ces deux mécanismes. En ce sens, cela peut constituer une porte d'entrée pour comprendre le droit contemporain d'un point de vue critique. Les analyses exégétiques du droit n'ont pas pour autant été prises à la légère, et leur généralité ne préjudicie aucunement à la qualité des liens effectivement tissés dans cette recherche. L'objectif principal étant de donner un aperçu global de l'interaction des différents régimes, une description sommaire, mais rigoureuse, suffisait.

Une autre limite importante est d'ordre bibliographique, considérant qu'un mémoire de maîtrise ne peut pas être effectué avec la même ambition qu'une thèse de doctorat, et ne répond pas aux mêmes critères d'originalité. Au fur et à mesure que les idées ont pris la forme qui leur est donnée ici, de nouveaux liens nous sont apparus. Ainsi, d'autres références bibliographiques fort pertinentes peuvent ne pas avoir été consultées, d'une part parce que notre compréhension initiale ne nous permettait pas de nous diriger en ce sens et de les répertorier, et d'autre part par des contraintes de temps. Mentionnons entre autres la théorie habermassienne ainsi que les travaux récents de A. Supiot, dont nous prenons connaissance à l'heure actuelle, qui auraient davantage inspiré l'évolution du projet de recherche s'il avait dû se poursuivre sur une plus longue échéance, et qui teinteront

---

<sup>68</sup> A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 20.



d'ailleurs immanquablement de futures recherches<sup>69</sup>. Bien qu'il ait été tentant de continuer d'ajouter des précisions supplémentaires, nous avons dû nous résigner à mettre un terme à l'exercice.

Les conclusions envisagées offriront néanmoins des bases pertinentes pour des recherches éventuelles concernant une proposition de réforme du droit. L'analyse exégétique qui soutient la recherche pourra par ailleurs fournir des outils aux juristes praticiens dans la compréhension des liens entre le droit positif et le contexte sociohistorique, tout en participant à encourager l'esprit critique dans la pratique du droit. Les communautés juridique, scientifique et politique sont également concernées par le propos développé au sujet de l'évolution potentielle du droit des assurances, du principe de précaution et des mécanismes juridiques d'indemnisation en droit, étant donné que tous doivent travailler de concert.

Quant au plan suggéré pour la présentation des résultats, il est bipartite. Cela étant, les deux parties ne se veulent pas hermétiques. Autrement dit, les arguments ne doivent pas être analysés strictement de manière consécutive, mais comme autant d'additions qui enrichissent toujours davantage le propos : une critique en construction. La première partie concerne l'indemnisation des risques contemporains et permettra de répondre à la première sous-question au sujet de la limite de l'assurance. Nous y expliquerons dans une première section le détail de la théorie de la société assurantielle d'Ewald en proposant, conformément à sa propre présentation, sa généalogie à partir du libéralisme du début du XIX<sup>e</sup> siècle. Ceci nous mènera à décrire les transformations juridiques qui se sont produites, soit le passage d'un droit libéral à un droit qu'il qualifie de *droit social*, s'étant structuré sur la base de l'assurantialisation de la société, droit fondé sur la norme. Ensuite, dans une deuxième section, nous traiterons de l'assurance privée, d'abord en donnant des précisions plus générales sur le phénomène assurantiel, autant au niveau de la technique utilisée, de sa fonction que de son origine. Puis nous parlerons spécifiquement du contrat d'assurance, avant d'aborder les techniques financières aussi utilisées par les assureurs.

---

<sup>69</sup> Quant à l'ouvrage auquel nous avons référé plus haut, *Prendre la responsabilité au sérieux*, bien qu'il soit paru en novembre 2015 en France, il n'était pas disponible en bibliothèques au Québec au moment de terminer ce mémoire, sa sortie n'étant prévue que le 11 janvier 2016.

Toutes les dimensions de l'assurance privée ayant été ainsi explorées, nous soulèverons les limites qu'elle rencontre face aux risques contemporains. Dans une troisième section, nous nous attarderons à la participation de l'État dans l'indemnisation de ces risques d'une part, et par des mesures prises concernant le marché de l'assurance d'autre part.

Dans la deuxième partie, toujours selon le principe d'une argumentation faisant « boule de neige », donc sans exclure les différents aspects abordés dans la section sur l'indemnisation des risques contemporains, nous ouvrirons la perspective afin de traiter de la gestion des risques de manière plus globale. À cette occasion, les éléments permettant de répondre à la deuxième sous-question concernant le principe de précaution seront discutés, mais contribueront aussi à poursuivre notre critique et à répondre à la question principale. La première section de cette deuxième partie offrira un cadre sociologique plus large dans lequel doit être comprise l'évolution de la société assurantielle. Il s'agira de présenter la société du risque de Beck et son émergence. Nous verrons également certains éléments de la théorie sociologique développée par Beck qui nous serviront par la suite d'outils critiques pour le droit. Une fois cet exercice complété, dans une deuxième section, nous traiterons du principe de précaution, en précisant d'abord les spécificités de la prise de décisions dans la société du risque, puis les modalités du principe de précaution tel que consacré dans la loi. Nous avons par la suite jugé essentiel de présenter des considérations sémantiques et conceptuelles pour éviter les confusions. La précaution étant démystifiée, cette section se terminera par une description de l'impact du principe de précaution au niveau de la responsabilité civile, puis des considérations juridiques qu'il suscite en droit des assurances. Enfin, dans la troisième section de cette partie, ce sont des considérations plus globales sur le paradoxe de la société du risque et du droit contemporain, d'abord en ce qui concerne la société assurantielle, puis en ce qui concerne le principe de précaution, qui seront discutées.

## 1. L'indemnisation des risques contemporains

Lors du passage à la modernité au XIX<sup>e</sup> siècle, les maux engendrés par l'industrialisation ont mis en péril le patrimoine privé, puis public<sup>70</sup>. Pour que la croissance technologique et économique que la modernité impliquait bénéficie de l'appui de la société, elle ne devait pas être perçue telle une menace totale à sa propre condition d'existence. L'indemnisation en cas de préjudice garantie par le système assurantiel offrait une sécurité financière qui permettait de rassurer la population face au projet d'une modernité industrialisée. En ce sens, « [r]épondant à une exigence viscérale de conforter la sécurité dans la société, les assurances engendrent l'*antidote* du risque : dans la société techno-industrielle, l'aversion face aux risques va de pair avec la propension croissante à renforcer la couverture que procure l'assurance »<sup>71</sup>. Or, malgré la grande diversification des couvertures d'assurance, une controverse existe dans la littérature au sujet des limites de l'assurance privée<sup>72</sup> et de la sécurité relative qu'elle peut procurer. Il est ainsi nécessaire de comprendre d'abord en quoi consiste cette limite dans la pratique assurantienne, et quel est son impact en droit des assurances.

L'argumentation suggérée au sujet de la transition vers une société assurantienne n'acquiert toute sa puissance que lorsque mise en contexte et en lien avec l'évolution du système politique et économique. Nous proposerons d'abord un survol historique des transformations des rationalités politique et juridique dans le contexte de l'industrialisation des sociétés (A). Nous présenterons par la suite une analyse de l'assurance privée (B), et

---

<sup>70</sup> A. NOVEMBER et V. NOVEMBER, « Risque, assurance et irréversibilité », (2004) XLII-130 *European Journal of Social Science* 161, par. 8. En réalité, les deux types ont probablement été mis en péril simultanément. Seulement, il se trouve un certain décalage dans la conscience de chacun de ces phénomènes.

<sup>71</sup> *Id.*, par. 4 et 8. Voir également O. GODARD, « De la nature du principe de précaution », dans E. ZACCAÏ et J. N. MISSA, *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 25. Certes, la responsabilité civile a également une fonction réparatrice et d'« apaisement psychologique ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 6-7. Toutefois, depuis sa reconnaissance dans le Code civil québécois en 1866, ce régime allait connaître d'importantes évolutions au Québec, notamment en lien avec l'apparition de nouvelles « activités dangereuses » qui auraient été, à cette époque, limitées. Entre autres, « l'accroissement des risques, le développement de l'assurance, l'acceptation accrue de l'idée de justice sociale » allaient transformer le paysage de la responsabilité civile. Voir *Id.*, p. 15.

<sup>72</sup> Ce débat sera abordé dans la deuxième partie.

plus précisément de la définition et de la mise en contexte de cette notion, du contrat d'assurance, et des techniques financières qui sont utilisées par les assureurs. Enfin, avant de dégager les constats et de valider notre première sous-hypothèse (D), nous aborderons les modes d'intervention de l'État dans la gestion des risques au niveau de l'indemnisation (C).

## **A. Contexte : Sur les traces de la Société assurantielle**

Au cours de la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle, de multiples nouveaux dangers émergent en milieu de travail, source de dommages supplémentaires dans le quotidien des salariés. Le régime juridique de la responsabilité civile et les modes d'indemnisation de l'époque, qui n'avaient pas été conçus en fonction d'une telle réalité, s'en sont trouvés fortement ébranlés. Dans ces circonstances, une conception sociale de la responsabilité s'est développée (I). Les systèmes politique et juridique ont dû s'y adapter. Afin d'assurer une réparation pécuniaire des préjudices subis par les travailleurs, la recherche d'un fautif a été troquée au profit d'un système assurantiel en vertu duquel la survenance d'un dommage déclenche automatiquement le mécanisme d'indemnisation, sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve d'une faute<sup>73</sup>. Ce changement s'inscrit dans l'implantation d'une assurance sociale (II). Cet important changement recouvre par ailleurs une modification beaucoup plus profonde qui sous-entend que les rationalités politiques, juridiques et sociales devaient entrer en révolution au rythme de l'industrialisation. À cet égard, nous proposons d'abord de résumer partiellement la thèse développée par Ewald et d'en dégager les éléments pertinents pour les fins de notre démonstration<sup>74</sup>, et principalement ceux qui ont contribué à la

---

<sup>73</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 225 et suiv.

<sup>74</sup> Notons que la thèse d'Ewald a déjà fait l'objet de synthèses, et notamment au Québec : Y.-M. MORISSETTE, « Une épistémologie du droit : L'État providence de François Ewald », (1987) 28-2 *C. de D.* 407. Nous en faisons toutefois notre propre synthèse afin de l'orienter en fonction de notre propos. Précisons d'ailleurs que l'honorable Y.-M. Morissette, qui est désormais juge à la Cour d'appel du Québec, apporte deux critiques majeures à l'analyse d'Ewald : « une conception excessivement monolithique de chaque phase dans l'évolution du droit. [...] elle sous-estime un autre facteur, la filiation qui va du droit romain au droit moderne ». Voir *Id.*, p. 418. Il acquiesce toutefois quant à la richesse de l'analyse et à son intérêt pour les juristes : « Souhaitons à tout le moins que *L'État providence* soit lu, cité et commenté dans les facultés de droit : il le mérite ». Voir *Id.*, p. 420. Par ailleurs, au sujet de l'importation de l'argumentation d'Ewald dans l'épistémologie juridique québécoise : « Bien qu'elles aient surtout pour cadre la société française des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, les transformations historiques décrites par F. Ewald ressemblent beaucoup à celles vécues au Québec pendant la même période. Tout porte à croire que, si l'on dépouillait les archives des institutions de bienfaisance

modification de la *règle de jugement* propre au système juridique occidental, qui serait aujourd'hui la *norme*<sup>75</sup>. Cette transformation fait foi de l'apparition d'une nouvelle forme de droit : le droit social (III). Conformément à la structure de son ouvrage, nous présenterons successivement comment le social a pris d'assaut la civilisation occidentale jusqu'à l'institution d'un droit qui serait lui-même social.

## I. Vers une responsabilité sociale

En préambule de toute réflexion théorique au sujet du droit des obligations québécois, la reconnaissance des spécificités que suscite le bijuridisme prévalant au Canada est un exercice nécessaire. Malgré les similitudes que conserve le droit civil québécois avec le droit civil français, notamment au niveau de la codification de son droit commun<sup>76</sup>, considérer que la substance du premier puise toujours directement dans celle du second constituerait une analyse grossière qui se déroberait à bien des nuances. De tradition civiliste française certes, mais également ancré dans la pensée politique nord-américaine, le droit civil québécois ne tire ses influences ni exclusivement du droit français, ni de la common law. Le droit positif des obligations au Québec est, comme Tancelin le rappelle sans équivoque, un droit *mixte*<sup>77</sup>. Sa substance, sans démontrer d'identité avec le droit français ou avec la common law canadienne et anglaise, subit une influence duale<sup>78</sup>. Pourquoi alors prendre ici appui sur un ouvrage de philosophie juridique et référer à des

---

québécoises, on découvrirait encore les mêmes convergences qu'en France. Le constat s'impose aussi pour ce qui est du débat sur l'indemnisation des accidentés du travail. C'est donc que derrière la volonté souveraine des législateurs, et malgré l'autonomie des systèmes juridiques, il existe une rationalité commune et moins diffuse qu'on ne le croit. Cette rationalité suggère aujourd'hui une façon de voir les choses qui est à l'inverse de ce qu'enseigne le discours juridique traditionnel ». Voir *Id.*, p. 419.

<sup>75</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 35-37. Selon lui, « [à] un premier niveau, la règle de jugement, c'est la norme – règle d'interprétation des énoncés juridiques positifs ; à un deuxième niveau, la règle de jugement désigne une logique juridique indexée à une rationalité politique ; à un troisième niveau, enfin, la règle de jugement, dans une certaine conjoncture épistémologique et politique, est au principe du partage, et donc de la limite, entre ce qui peut ou ne peut pas être de droit, ce qui, donc, fait la juridicité d'un système normatif ». Voir *Id.*, p. 39-40.

<sup>76</sup> Voir la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. À noter sa structure actuelle est beaucoup moins similaire à celle du Code civil français qu'avait pu l'être celle du *Code civil du Bas-Canada*. Voir M.-È. ARBOUR, *Fragments de droit québécois et canadien. Histoire, mixité et mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 186 et 196.

<sup>77</sup> Voir M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, préc., note 29.

<sup>78</sup> Selon Tancelin, les solutions issues du droit québécois se rapprocheraient plutôt de celles de la common law anglaise. Voir *Id.*, p. 441.

ouvrages de doctrine *français* si le droit civil québécois a ses propres spécificités qui le distinguent fondamentalement du droit en vigueur en France ? Les références à la littérature juridique française demeurent pertinentes dans la mesure où l'on ne confond pas les deux systèmes de droit positif, le système français ne pouvant et ne devant évidemment pas être *importé* en droit québécois. La prise en compte de l'évolution des *théories* juridiques françaises s'avère quant à elle intéressante ici, celles-ci étant entendues dans le sens de « construction[s] abstraite[s] » ou de « systémisation[s] du droit »<sup>79</sup>. Les juristes québécois s'en sont amplement inspirés afin de structurer le droit québécois, en recevant ou empruntant celles qui se conforment au droit applicable<sup>80</sup>. Selon certains, l'importation massive des théories juridiques françaises au Québec pourrait d'ailleurs s'expliquer par des raisons historiques. Par exemple, on peut penser qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les juristes français ont eu beaucoup plus de latitude pour développer des arguments théoriques en droit que leurs cousins d'outre-mer. Ces derniers auraient plutôt été occupés à mettre en place leur propre littérature juridique de base, dont le *Code civil du Bas-Canada* qui devait entrer en vigueur en 1867, le tout avec une communauté universitaire en droit qui ne mobilisait pas encore d'aussi nombreux chercheurs que la France pouvait en compter<sup>81</sup>. Les liens que le droit de la responsabilité civile québécois a entretenus avec le droit français historiquement, et qu'il conserve toujours dans une certaine mesure aujourd'hui, justifient l'importance de se pencher sur l'évolution des théories juridiques françaises et la philosophie l'ayant inspirée. En ce sens, l'analyse, ou plutôt la généalogie des règles de jugement propres à la société française proposée par Ewald, sera principalement prise en considération pour les fins de cette recherche. Celle-ci prend comme point de départ le passage du XVIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, période marquée par l'avènement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en

---

<sup>79</sup> M. DEVINAT et E. GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44(2) *Revue Juridique Themis* 7, 17.

<sup>80</sup> *Id.*, 27-29. Les théories juridiques seraient selon eux l'apanage particulier des civilistes. Voir *Id.*, 11-12. Par ailleurs, les auteurs soulèvent qu'un exercice similaire concernant la *réception* de certaines théories de common law influencerait aussi le droit civil québécois. *Id.*, 30. L'*adaptation* de la doctrine française afin de donner forme à une doctrine québécoise aurait été particulièrement prononcée de 1895 à 1970. Voir M.-È. ARBOUR, préc., note 74, p. 189-192.

<sup>81</sup> Voir M. DEVINAT et E. GUILHERMONT, préc., note 77, 43-44. La période s'étendant de 1608 à 1895 serait d'ailleurs marquée par l'*imitation* de la doctrine juridique française, plutôt que par son adaptation. Voir M.-È. ARBOUR, préc., note 76, p. 188.

1789, et la consécration du Code civil français en 1804<sup>82</sup>. Voyons comment le diagramme libéral qui prévalait à cette époque (a) a été altéré par l'objectivation du mal en *accidents* (b).

### a. Le libéralisme : la responsabilité individuelle

La philosophie politique de l'époque, inspirée par le libéralisme<sup>83</sup>, défendait que la participation gouvernementale dans la régulation sociale était contradictoire avec l'idée d'une liberté individuelle entière. Considérant cela, le principe de la *responsabilité* devenait le dispositif d'autorégulation sociale par excellence<sup>84</sup>. Autrement dit, le principe de responsabilité représentait la condition *sine qua non* d'un État non interventionniste. La pleine autonomie de l'individu au sein de la collectivité, dont les libéraux faisaient la promotion, avait comme corollaire sa responsabilité à l'égard de lui-même et de ce qui lui arrive. L'individu « responsable » agissant volontairement, il peut faire acte de prévoyance à l'égard de l'univers des possibles, et ainsi protéger son patrimoine. Conséquemment, nous dit Ewald, le concept libéral de *justice* faisait son nid dans ce principe de responsabilité : « l'attribution naturelle des biens et des maux apparaît, pour la raison libérale, comme juste,

---

<sup>82</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 49. Au Québec, le *Code civil du Bas-Canada*, inspiré du Code civil français, entre en vigueur plus tard, le 1er août 1866. Voir M. GUY, « Le Code civil du Québec : Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 459.

<sup>83</sup> Selon Foucault : « Il faut entendre ce mot ["libéralisme"] dans un sens très large.

1. Acceptation du principe qu'il doit y avoir quelque part une limitation du gouvernement et qui ne soit pas simplement un droit externe.

2. Le libéralisme, c'est aussi une pratique : où trouver exactement le principe de limitation du gouvernement et comment calculer les effets de cette limitation ?

3. Le libéralisme, c'est en un sens plus étroit la solution qui consiste à limiter au maximum les formes et domaines d'action du gouvernement.

4. Enfin, le libéralisme, c'est l'organisation des méthodes de transaction propres à définir la limitation des pratiques de gouvernement :

- constitution, parlement
- opinion, presse
- commissions, enquêtes ».

Voir M. FOUCAULT, préc., note 31, p. 23. Il s'agit de notes tirées d'un manuscrit utilisé en appui à son enseignement. La même philosophie politique prévaut au Québec lors de l'adoption du Code civil : « En Amérique du Nord, l'époque [de l'adoption du Code civil en 1866] est, en effet, au libéralisme économique complet, à la libre concurrence, et à l'absence presque totale de réglementation des échanges économiques par l'État ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 24.

<sup>84</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 51. Voir l'article 1053 du *C.c.B.C.* : « Toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté ». Le soulignement est un ajout. La formulation « est responsable » se transformera en devoir positif dans l'article 1457 du *C.c.Q.* : « Toute personne a le devoir de respecter [...] » (Le soulignement est un ajout).

parce qu'elle tient ce qui est pour ce qui doit être. Il n'y a donc nul besoin d'une action correctrice de la société sur la nature, d'une justice sociale opposée à la justice de la nature »<sup>85</sup>. Selon le diagramme libéral, tout ce qui arrivait à l'individu était juste, même s'il en résultait des désagréments pour lui. Il revenait à l'individu de prendre les mesures requises pour prévenir ces désagréments, ou pour pouvoir y parer. Le droit, quant à lui, ne consacrait ni le principe de responsabilité, ni les critères de justice.

Sous le sceau du libéralisme, une ligne demeurait tracée entre ce qui devait demeurer intrinsèque à l'exercice de la liberté individuelle, qui concernait le domaine de la morale, et ce qui faisait l'objet de contrainte collective, domaine du droit ; cette frontière entre droit et morale constituait la *limite libérale*<sup>86</sup>. Si la justice s'inscrivait dans le principe de responsabilité, le droit n'avait pas mot à dire lorsque venait le temps de départager le juste de ce qui ne l'était pas, puisque cela impliquait un jugement *moral*. Le principe de responsabilité n'était donc pas *juridique*. Le droit devenait la sentinelle du principe de responsabilité, et incidemment de la justice, en soumettant à la contrainte juridique le fait de nuire à autrui, ce qui constituait une faute<sup>87</sup>. On retient de l'analyse d'Ewald que si l'individu devait être responsable de lui-même, l'on ne pouvait accepter qu'il doive assumer les conséquences d'une nuisance provoquée par ses pairs, lesquels ne pouvaient d'ailleurs faire reposer sur autrui la charge de leur propre responsabilité. Corollairement, celui qui portait préjudice à un tiers devait nécessairement être responsable du mal qu'il lui causait. L'y contraindre juridiquement permettait de s'assurer que tout un chacun demeure responsable, et que la justice autorégulée autour du principe de responsabilité puisse continuer de régner. Dans le même sens, le droit ne régissait pas le contrat lui-même : toujours au nom du principe de responsabilité, le droit sanctionnait uniquement le fait de ne pas respecter les engagements contractuels<sup>88</sup>. Or, avant l'avènement du libéralisme, la

---

<sup>85</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 67.

<sup>86</sup> *Id.*, p. 56.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 57. Dans le diagramme libéral, la seule obligation juridique positive découle du rapport contractuel entre acteurs sociaux, d'où la justification d'une contrainte juridique afférant au non respect de ses engagements. Voir *Id.*, p. 63.

<sup>88</sup> *Id.*, p. 63. « L'accord des volontés, à supposer qu'il s'extériorise de manière précise, servira uniquement de référence pour fixer le cadre de la recherche réaliste du juste [...] ». Voir J.-M. TRIGEAUD, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, 16. Cette justice reposerait sur la liberté de l'individu, sur l'« autonomie » de sa volonté. Voir *Id.*, p. 16-17. « C'est sensiblement la même philosophie qu'adopte le



raison pour laquelle « les conventions elles-mêmes n'obligent *qu'en vertu de la loi* qui commande de tenir la parole qu'on en a donnée », était que sans la loi, la nature corrompte des humains pouvait prendre le dessus, laissant ceux-ci agir en fonction de leurs élans passionnels<sup>89</sup>. Toutefois, sous le règne du libéralisme s'installait avec force le « dogme de l'autonomie de la volonté », « [s]erviteur fidèle d'un système d'économie libérale », libérant le contrat de tout formalisme et plaçant l'individu comme étant la partie la mieux à même de faire valoir ses propres intérêts par la voie de sa volonté : il pouvait « aliéner utilement sa liberté au moment où il contracte, car il y trouve toujours son intérêt »<sup>90</sup>. Ce n'était plus afin de pallier une nature humaine portée vers le vice que le droit garantissait le respect du contrat dans le diagramme libéral, mais plutôt en vue de respecter la liberté individuelle et de promouvoir le principe de responsabilité. Le contrat consacrait les seules obligations qui s'imposaient positivement aux individus, et c'était le respect de l'obligation contractuelle elle-même, indépendamment de son contenu, que le droit protégeait. La liberté contractuelle de chacun dans la détermination des paramètres de l'engagement restait considérable. Les parties étaient ainsi à même de s'entendre sur une justice qui allait gouverner leur propre relation :

Ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l'offre et de la demande, qui créent le juste. [Citant E. Gounot] « La justice contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéale à laquelle les faits doivent se plier », ce qui interdit toute intervention « dans les libres contrats sous prétexte d'y corriger, au nom d'une imaginaire équité, de prétendues injustices ».<sup>91</sup>

Encore ici, la justice n'émanait pas du droit, puisque les individus demeuraient respectivement responsables des dommages qu'ils pouvaient encourir, à moins que ceux-ci aient été causés par une faute.

Dans le régime juridique libéral de responsabilité civile, contractuel ou non, la règle de jugement qui permettait de déterminer les dommages devant être réparés était articulée autour de la *faute*<sup>92</sup>. La conception de cette notion dans le diagramme libéral ne lui

---

législateur québécois avec le Code civil de 1866 ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 24.

<sup>89</sup> C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans J. GHESTIN (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 443, référant aux propos de C.B.M. Toullier.

<sup>90</sup> C. JAMIN, préc., note 89, p. 444.

<sup>91</sup> J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 25, 37.

<sup>92</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 69.

attribuait pas de contenu moral, et ne représentait pas un jugement du caractère répréhensible d'une conduite :

La notion de faute ne désigne donc pas certains types de conduites ou de comportements qui pourraient être dits en eux-mêmes blâmables ; c'est un principe de répartition des droits dont la règle se trouve dans le principe de responsabilité lui-même. La notion de faute ne prend son sens qu'en référence au partage libéral [...]. Non seulement la faute fait jouer en harmonie l'économique, le moral et le juridique, mais elle articule le juridique sur le politique. Non pas qu'elle fasse du droit l'instrument d'une politique; mais parce qu'elle est à la fois l'expression et le gardien de la rationalité libérale elle-même.<sup>93</sup>

En d'autres termes, la faute juridique libérale était de ne pas avoir été responsable, et par ce fait même, d'avoir fait endosser à autrui, qu'il soit un tiers ou un cocontractant, une responsabilité qui n'était pas la sienne<sup>94</sup>. Aucun *droit* à être indemnisé n'existait en l'absence de faute. N'empêche que des formes de compensation qui n'avaient pas de racines juridiques pouvaient venir en aide aux individus qui se confrontaient à un dommage. Ces modes d'indemnisation représentaient une forme de bienfaisance.

Le rôle social de cette vertu s'apprécie d'abord *a contrario*, soit dans les raisons pour lesquelles aucun mécanisme de droit n'était prévu qui visait à aider l'individu à faire face à son environnement, aux maux qui ne découlaient pas d'une faute d'un tiers : la maladie, la mort, la perte matérielle suite à une intempérie, et tant d'autres. Dans ces circonstances, l'individu demeurait habité par des incertitudes découlant des menaces inhérentes à sa cohabitation avec la nature, de laquelle il se distanciat d'ailleurs de plus en plus au fil de la modernisation de la société. L'insécurité qui entourait ces possibles maux ne justifiait pourtant pas l'intervention du droit dans le diagramme libéral, puisque « [l]e mal, la souffrance, la pauvreté peuvent être pitoyables ; ils ne sont pas par eux-mêmes injustes. Or

---

<sup>93</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 69-70. Notons que le blâme ou la punition ne figurerait pas parmi les objectifs de la responsabilité civile. Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 9. Cette distinction entre la responsabilité civile et pénale n'était pas si claire à l'époque du droit romain, et même dans le droit français plus ancien. La distinction s'opérerait peu à peu, notamment avec l'empreinte du christiannisme. Voir *Id.*, p. 12-13.

<sup>94</sup> « La faute civile cependant n'est rien d'autre que le manquement au devoir général imposé à chaque individu dans la société, de ne pas porter préjudice à autrui d'une façon illégitime et donc en se conformant aux lois et aux usages ». Voir *Id.*, p. 30. Aujourd'hui, « [l]'analyse doit cependant être poussée plus loin et il convient de préciser d'une manière plus ferme le contenu et l'intensité du devoir général de ne pas nuire à autrui. De plus, ce n'est pas tant le manquement à ce devoir considéré seul et de façon abstraite qui est constitutif d'une faute, mais bien ce manquement lorsqu'il est dû à une conduite que n'aurait pas eue une personne raisonnable ». *Id.*, p. 164.

seule l'injustice appelle une intervention sociale qui la combatte »<sup>95</sup>. Pour supprimer les maux qui guettent tout un chacun, le perpétuel objectif en était un d'amélioration individuelle, transitant par la volonté intrinsèque de l'individu, le développement social, et non le droit<sup>96</sup>. Par ailleurs, l'individu ne pouvait soulever avoir été accablé par le mal afin de se dégager sa responsabilité, puisqu'il se devait d'être prévoyant. Le libéralisme s'inscrivait vraisemblablement en faux contre toute autovictimisation<sup>97</sup>. L'individu, responsable, était le seul à pouvoir se prémunir contre le mal ; il s'agissait d'un devoir moral qu'il avait envers lui-même. Mais, comme nous l'avons mentionné, cela n'impliquait pas pour autant qu'aucun geste d'entraide ne soit autorisé ou encouragé par le libéralisme. Au contraire, le devoir de fraternité ou de bienveillance envers autrui était partie intégrante du diagramme libéral, sans cependant relever du droit<sup>98</sup>. Impensable était, pour les libéraux, l'idée de consacrer un régime légal ou administratif se fixant comme objectif de palier aux inégalités entre individus qui ne résulteraient pas d'une faute<sup>99</sup>. Le droit étant exclusif de la morale, cela aurait été une transgression de la limite libérale qui aurait placé le premier en péril et l'aurait assujetti à la bonne volonté du politique :

[...] outrepasser la limite libérale, c'est entrer dans un processus de multiplication des obligations juridiques dont il n'est pas possible de prévoir le terme. Dans la mesure où ces nombreux droits ne contiennent pas en eux-mêmes le principe de leur propre définition, ces droits dépendent des caprices du législateur. Du jeu des majorités. Outrepasser la limite libérale a donc un effet constitutionnel : le droit perd sa position de souveraineté ; il n'est plus ce qui lie la volonté du législateur et lui donne la forme du droit. La sanction juridique des devoirs de fraternité implique le renversement des rapports droit-politique, légalité-opportunité. Elle place le droit sous la subordination du politique.<sup>100</sup>

La bienfaisance se manifestait par conséquent plutôt dans l'action concrète de chacun, selon les inégalités que le devoir strictement moral lui suggérait de dissiper. Ponctuelle par

---

<sup>95</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 86.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*, p. 66-67.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 71 : « La bienfaisance a une fonction politique indispensable de socialisation : il lui revient de réunir ceux que l'intérêt divise, de lier ceux que le seul échange contractuel maintient dispersés ».

<sup>99</sup> « Les inégalités sont naturelles, inéluctables et irréductibles : elles font partie de l'ordre de la création, qui est un ordre de la variété et de la diversité ; elles sont nécessaires au progrès social comme récompenses et punitions des mérites et démérites de chacun ; elles sont enfin providentielles : source du lien social, elles sont le principe même de l'existence des sociétés. Non seulement, donc, on ne peut les empêcher, mais on ne saurait vouloir les faire disparaître ; leur existence est une sorte de bien politique qu'il convient de savoir gérer. Dans le fait des inégalités se trouvent à la fois la possibilité et la nécessité d'un art de gouverner libéral ». Voir *Id.*, p. 70-71.

<sup>100</sup> *Id.*, p. 60.

essence, elle se faisait l'outil d'une éducation sociale et non d'un *droit* à l'égalité<sup>101</sup>. Personne ne possédait de *droit* au secours, et personne ne pouvait être *contraint* de fournir de secours. Lorsque l'aide était effectivement octroyée dans un cas précis, il s'agissait d'une « deuxième chance » qui était accordée, et il n'était pas dit que la bienfaisance serait répétée ultérieurement en pareilles circonstances. Il était à l'avantage de celui qui en avait bénéficié de prendre les mesures pour ne pas se retrouver à nouveau dans une mauvaise posture. Ainsi, si le libéralisme comportait bel et bien des programmes de politique sociale, reconnaissant un devoir général d'assistance envers ses citoyens, ceux-ci demeuraient essentiellement *ajuridiques*<sup>102</sup>.

En résumé, le diagramme libéral s'organisait entièrement en fonction de la préservation des libertés individuelles dont jouissaient les particuliers, qui demeuraient extrêmement larges. Ceci leur permettait de choisir librement la manière dont ils organisaient et planifiaient leur existence, et notamment les moyens de prévoyances qu'ils mettraient en oeuvre afin de se prémunir des maux qui pouvaient survenir. Le droit n'imposait aucune obligation à cet égard, ni ne prévoyait de bouée de sauvetage. La responsabilité individuelle totale qui régnait faisait supporter tout aléa à l'individu, qu'il soit engendré par son rapport à la nature ou par la relation contractuelle. Seule la faute d'autrui entraînait une sanction juridique contraignant celui-ci à l'indemnisation des dommages subis par la victime. L'industrialisation des sociétés allait toutefois modifier les prémisses libérales et incidemment, transformer le rôle du droit.

## **b. L'accident : transformation du diagramme libéral**

Point pivot dans le développement des sociétés, une vision empiriste et rationalisée des maux s'installait définitivement dans la pensée occidentale à la suite du tremblement de terre de Lisbonne en 1755, emblème d'une sécularisation du mal qui était jusqu'alors attribué à une domination divine. Le pragmatisme empirique qui s'en est suivi contribuait à

---

<sup>101</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 73.

<sup>102</sup> *Id.*, p. 76. En ce sens, prendront forme au XIX<sup>e</sup> siècle des institutions *sociales* telles des « caisse d'épargne, sociétés de secours mutuel, assurances populaires, institutions patronales, crèches, asiles, économats, logements et jardins ouvriers ». Voir *Id.*

la croissance du libéralisme occidental, puisqu'il lui fournissait les clés de la prévoyance<sup>103</sup>. Le rapport de l'individu au monde était traduit en termes de lois générales : les lois auxquelles la nature obéissait ainsi que les lois instituées par la société auxquelles chacun devait se soumettre<sup>104</sup>. Cette objectivation de la réalité a été doublée d'une objectivation du mal par la statistique<sup>105</sup>, laquelle procédait à faire l'inventaire de sa survenance, et de le conceptualiser sous la forme de l'*accident*. Ce n'était plus d'un mal *imposé* par une force divine dont on parlait, mais d'une possibilité bien réelle qu'il résulte des *accidents* de l'habitation de la nature par l'humain. Les statistiques relatives aux accidents dans le milieu industriel permettaient alors de concevoir une meilleure prévoyance. Parallèlement, elles remettaient en question la limite du diagramme libéral<sup>106</sup> :

[...] il devait apparaître comme la réalité des sociétés industrielles qu'elles sont des sociétés *normalement* dommageables, des sociétés où les dommages naissent de leur fonctionnement régulier, et non d'un dysfonctionnement momentané. Des sociétés essentiellement dommageables. Au coeur de l'industrie va apparaître la nécessaire régularité du mal. Les accidents de travail [...] allaient obliger à penser *à la fois*, comme réciproques, solidaires et non plus exclusives, la *normalité* des conduites individuelles - de conduites non fautives, donc - et la *régularité* des accidents au concours de ces conduites.<sup>107</sup>

Dans un contexte où l'on savait que l'accident finirait par frapper, peu importe le degré de prévoyance dont on pouvait faire preuve, Ewald souligne qu'il devenait difficile de promouvoir la responsabilité en ne sanctionnant juridiquement que ce qui découle d'une faute. En effet, l'industrialisation portait en elle les promesses d'un monde meilleur. Elle était présentée et voulue comme avantageuse pour la société dans son entièreté<sup>108</sup>. Le milieu industriel générait par contre inévitablement des risques d'accident pour ceux qui y participaient. En ce sens, juger l'accident en termes de *faute* « reviendrait à faire de

---

<sup>103</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 88.

<sup>104</sup> *Id.* Il n'est pas ici questions des lois auxquelles obéit la société, telles qu'elles seront dégagées par le calcul des probabilités, mais plutôt des lois auxquelles l'humain assujetti positivement la société.

<sup>105</sup> « [...] à la statistique revient l'inventaire, l'énumération, le dénombrement des faits ». Voir *Id.*, p. 150-151. Ce qui peut s'avérer dangereux, puisque la statistique ne produit pas de savoir *objectif*. Voir A. BÉLANGER et J-H SMITH-LACROIX, « Le droit, la statistique et l'assurance », (2012) 46(1) *R.J.T.* 99.

<sup>106</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 89.

<sup>107</sup> *Id.*, p. 89-90.

<sup>108</sup> « Whereas optimistic progressive and forward-looking thinkers such as Turgot, Adam Smith, Condorcet, Hegel and Marx have always been accompanied and to a certain extent counterpointed by spokesmen of a rival pessimistic tradition – such as Nietzsche, Spengler, Horkheimer and Adorno – the basic *nature* of modernity has always been a positively charged, optimistic one. The goal was always to *arrive at* a certain society and a certain condition, such as the thoroughly rationalized society, bourgeois society, communist society or welfare society ». Voir M.P. SØRENSEN, *Ulrich Beck: An Introduction to the Theory of Second Modernity and the Risk Society*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013, p. 19.

l'exercice d'une activité sociale profitable à tous un délit juridiquement sanctionnable »<sup>109</sup>. Les maux liés à l'industrialisation concernaient désormais moins l'individu seul que la société : ils devenaient des maux *sociaux*. Dès lors, ils sortaient du cadre de la prévoyance et de la responsabilité individuelle, et les dommages qui en découlaient ne pouvaient plus se justifier en fonction du principe de justice libérale<sup>110</sup> : la répartition des biens et des maux n'était plus fonction d'une morale de la nature, mais plutôt d'un phénomène *social* indépendant de la moralité des conduites de chacun<sup>111</sup>. Conséquemment, la responsabilité allait emboîter le pas et devenir elle aussi sociale afin de réagir aux conséquences engendrées par l'industrialisation, et principalement à la manière dont les maux allaient désormais être répartis dans la société.

Cette évolution au niveau de la conception de la responsabilité a particulièrement été ressentie dans le milieu de travail. Avec les modifications structurelles du monde du travail engendrées par l'industrialisation, l'accident se manifestait avec violence dans une couche particulière de la société : la classe ouvrière. Le paupérisme engendré n'était pas éphémère, et semblait au contraire se reproduire fatalement sans que le comportement individuel de ceux-ci soit en cause :

Au principe de la politique de prévoyance, il y avait l'idée d'une égalité première du pauvre et du riche, l'égalité de leur volonté, leur inégalité était une inégalité de condition qui s'expliquait par la manière dont chacun avait déterminé sa volonté : l'inégalité résultait d'une différence de conduites. Avec le paupérisme, les inégalités sociales devenaient différences de constitution, physique et morale.<sup>112</sup>

Puisque ces nouvelles inégalités étaient foncièrement systémiques, il s'est produit un déplacement de la responsabilité *individuelle* à une responsabilité *sociale* ; l'ouvrier se dégageait dans une certaine mesure de sa responsabilité propre, ce qui contrariait

---

<sup>109</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 90. « En faisant de la faute un impératif catégorique, le droit ignorait que le régime industriel exploite une situation où le risque de la faute de l'employé est multiplié par les impératifs de la production. Plus, en effet, la machinerie est complexe, plus elle est dangereuse et plus grands sont donc les risques d'erreurs de conduite de la part de l'ouvrier qui les utilise. Or, les conséquences de ces erreurs ou de ces fautes, éléments prévisibles du système de production, au lieu d'être assumées par l'entreprise, ou au moins par l'entreprise et l'ouvrier, restaient entièrement à la charge de ce dernier ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 947.

<sup>110</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 90.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 91-92.

<sup>112</sup> *Id.*, p. 92.

violemment les préceptes cruciaux du libéralisme<sup>113</sup>. Les secours procurés aux pauvres par une bienfaisance désinstitutionnalisée et en quelque sorte conjecturale, le devoir moral de fraternité, ne suffisaient plus; face au paupérisme, l'État devait intervenir positivement et durablement<sup>114</sup> :

Il ne suffisait plus que le gouvernement se limitât à faire respecter les stricts rapports juridiques et contractuels consacrés par le droit positif [, soit réparer les dommages causés à autrui par sa faute ou par le manquement à ses engagements contractuels] ; il lui revenait des fonctions plus amples et plus vastes : il pouvait, il devait même, afin que la sécurité civile soit mieux assurée, transformer certaines obligations morales en obligations légales.<sup>115</sup>

En ce sens, le régime juridique de responsabilité ne pouvait plus graviter exclusivement autour de la faute.

C'est par des modifications dans la rationalité politique que la faute allait graduellement être mise de côté. À la lecture d'Ewald, l'objectif poursuivi par l'État paraît double : s'assurer de rétablir une justice sociale, tout en évitant que les maux, les accidents et la paupérisation ne fassent de l'industrialisation l'unique et ultime coupable. Le premier déplacement de la règle juridique se situait dans l'institution d'un régime légal de responsabilité patronale qui consacrerait leur obligation de garantir la sécurité des ouvriers, jusqu'alors strictement morale<sup>116</sup>. Si le mal se produisait, il ne fallait pas condamner l'industrialisation, mais le patron qui n'avait pas su l'éviter. La sanction positive d'obligations morales dans la loi afin d'éviter les pratiques abusives en industrie représentait

---

<sup>113</sup> « Apparaissait ainsi l'idée d'une causalité économique, sociale et politique de la misère. Idée dangereuse, puisque, prise dans sa radicalité, elle revenait à décharger le pauvre de toute responsabilité dans son état, pour la reporter sur la société, ses principes d'organisation et de fonctionnement, à faire de la pauvreté du pauvre en effet, un produit, comme on dira plus tard, du "système" ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 92. Il faut prendre garde de confondre la responsabilité en tant que principe fondamental du libéralisme, dont il est question ici, et le régime *juridique* de responsabilité, qui a un sens beaucoup plus restreint.

<sup>114</sup> *Id.*, p. 93. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 944 : « Les règles ordinaires de la responsabilité civile basée sur la faute ne correspondaient manifestement plus à une réalité sociale où l'utilisation de procédés de production intensifs, le développement d'une technologie nouvelle (électricité, vapeur, machinerie), créaient pour l'ouvrier un risque constant d'accident ».

<sup>115</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 94.

<sup>116</sup> *Id.*, p. 95. En France, Ewald note que ce changement de rationalité politique et juridique s'illustre principalement par l'adoption d'une loi qui encadre le travail des enfants dans les manufactures en 1841. Au Québec, voir l'*Acte pour protéger la vie et la santé des personnes employées dans les manufactures* ou dans sa version abrégée *Acte des manufactures de Québec*, (1985) 48 Vict. S.O., c. 39. « La loi de 1885 intervenait donc pour la première fois dans la sacro-sainte liberté contractuelle en prohibant, dans sa seconde section, le travail des enfants de sexe masculin âgés de moins de 12 ans et ceux de sexe féminin âgés de moins de 14 ans, dans les manufactures (art. 9) ». Voir A. C. CÔTÉ, « L'Acte des manufactures de Québec, 1885. Un centenaire », (1985) 40(3) *Relations industrielles* 623, 625.

un nouveau mode d'intervention de l'État, qui se faisait juge des conduites blâmables et arbitrait juridiquement les intérêts socio-économiques des acteurs sociaux; le droit quittait sa vocation universelle pour devenir particulier<sup>117</sup>. Tel que le souligne Ewald, la prévoyance devenait une affaire sociale, et l'État allait devoir en faire preuve concrètement par la voie de son activité législative<sup>118</sup>. Ce dernier allait non pas contrôler le développement économique et industriel en lui-même, mais ses *effets sociaux néfastes* afin d'en assurer la poursuite sans trop de heurts. Cela engendrait une « recomposition des rapports du juridique et du politique et une nouvelle source de réglementation politique, qui se caractérisait par ceci qu'elle pourrait toujours avoir à s'exercer indéfiniment »<sup>119</sup>.

Le deuxième déplacement concernait la prépondérance des obligations contractuelles sur la loi, qui avait prévalu dans la conception libérale du droit, et qui allait subir un véritable renversement<sup>120</sup>. Jusque-là, l'ouvrier, lié par un contrat de « louage de service » au patron qui prévoyait le salaire versé, devait assumer les risques liés au travail, et devait s'en prémunir en étant prévoyant, toujours en application du principe de responsabilité<sup>121</sup>. Devant la fatalité des accidents de travail, force a été de constater que l'ouvrier était

---

<sup>117</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 97. L'augmentation des accidents occasionnés par le travail en industrie incite également le retrait de cette matière du régime général de responsabilité civile québécois, qui fait place à des régimes particuliers institués dans des lois spéciales. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 16. Notons que le fort recours aux textes législatifs et réglementaires dans l'expression du droit administratif québécois le distinguerait de celui des autres provinces canadiennes, où la coutume tient une plus grande place, comme c'est le cas dans la tradition anglaise. Cette différence « exprime à la fois une culture juridique différente et des préoccupations concrètes quant à la formulation des principes de l'ordre juridique, à l'accessibilité du droit, à la sécurité juridique et à la systématisation des règles ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 50.

<sup>118</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 98.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 98. « Tout se passe comme si, petit à petit, le régime général [de responsabilité civile] prévu au Code civil et basé sur la faute ou le fait dommageable, se vidait peu à peu de son contenu, au profit de régimes spéciaux fondés sur la garantie, le risque ou la sécurité sociale générale ». Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 67.

<sup>120</sup> Aujourd'hui, la loi prime toujours sur le contrat. Voir notamment les articles 9, 1411 et 1413 du *C.c.Q.* Voir également J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN ET N. VÉZINA, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 124. À noter que la 7<sup>e</sup> édition ne contient toutefois plus de section spécifiquement au sujet de la « supériorité de la loi sur le contrat ». Au contraire, les auteurs, dans la présentation des notions au coeur des principes théoriques qui nourrissent le droit des obligations, parlent de la *supériorité* du contrat sur la loi dans la mesure où l'ordre public n'est pas entravé. Voir J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN ET N. VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 142. Ils soulèvent toutefois plus loin, dans l'application de ces notions, que « la loi reste supérieure au contrat et le régleme (art. 9 C.c.Q.) ». Voir *Id.*, p. 147.

<sup>121</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 99. Baudouin, Deslauriers et Moore soulèvent que « [l]e milieu industriel de l'époque n'accordait que peu de soutien à des mesures de protection du travailleur, mesures qui diminuaient la marge de profit ». Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 944.



imprévoyant par défaut et *victime* du contexte dans lequel l'industrialisation l'avait placé : on accusait son manque d'éducation et son abrutissement, résultantes de ses conditions de travail<sup>122</sup>. Incidemment, on voulait libérer l'ouvrier du fardeau d'assumer l'accident qui le guettait dans son travail. L'accident intégrait la sphère juridique pour devenir lui-même générateur de responsabilité pour les patrons :

L'accident ne sera plus seulement un risque objectif, dont l'éventualité aurait été librement acceptée par sa victime, à qui il appartiendrait de le prévenir et de s'en garantir par prudence et prévoyance personnelles. Il ne sera plus pensé dans l'abstraction d'un risque relevant du sort, de la fatalité de la chance ou de la malchance : il faudra maintenant en déterminer la cause et la chercher dans la volonté patronale. L'accident ne sera plus cet aléa qui témoigne de la précarité de la condition humaine ; il va devenir une faute : ce qui ne doit pas arriver, ce qui dépend du patron [...]. L'accident industriel va prendre corps comme accident du travail, isolé et distingué des « risques de l'humanité ». Inversement, le travail, l'entreprise individuelle et ses rapports de production vont être objectivés à partir du fait des accidents. Des règles du droit de la responsabilité, patrons et ouvriers vont recevoir une nouvelle identité juridique.<sup>123</sup>

Une nouvelle identité juridique qui, de la simple survenance d'un accident, s'articulait ainsi : patrons étant juridiquement responsables, ouvriers étant légalement protégés. Cette responsabilité légale du patron concernant les accidents de travail pouvait désormais être engagée même lorsque le contrat de louage ne comportait pas l'obligation d'assurer la sécurité des ouvriers, évolution qui manifestait des changements importants dans la manière de penser le droit et d'édicter des normes juridiques<sup>124</sup>. L'importance de ce changement tenait également à ce que, de manière plus globale, « la judiciarisation des obligations patronales de sécurité engendrera un conflit des responsabilités mettant à terme en question la possibilité de placer dans la responsabilité le principe de régulation de la société »<sup>125</sup>. En réaction à ces modifications, afin d'éviter d'engager leur responsabilité, les entreprises allaient développer des stratégies elles-mêmes afin que les employés ne souffrent pas trop

---

<sup>122</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 101.

<sup>123</sup> *Id.*, p. 102. Le soulignement est un ajout.

<sup>124</sup> Voir également C. JAMIN, préc., note 89, p. 447-448. Selon lui, l'accent est désormais mis sur le *social* dans lequel s'ancrent les contrats et met en échec la pure volonté comme source d'obligation ; au nom de la primauté du social, c'est la réglementation du contrat qui est à la base de sa force obligatoire, et c'est incidemment la société qui détermine la justice. La volonté doit se conformer aux exigences du social. Citant Gounot : « de faire du contrat individuel, au lieu du choc désordonné de deux égoïsmes, un principe d'union et de solidarité ». Voir *Id.*, p. 448. Puis, citant Demogue : « l'obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle correspond à cette coopération ». Voir *Id.*, p. 449. Cette conception solidariste de l'autonomie de la volonté a toutefois été critiquée par des tenants de la morale chrétienne, G. Ripert notamment, et par des adeptes d'un libéralisme contractuel, comme H. Capitant. Voir *Id.*

<sup>125</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 103-104. Voir également R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, 1897, p. 5, cité dans C. JAMIN, préc., note 89, p. 447.

des conséquences de l'industrialisation, soit des accidents qui devaient inévitablement se produire.

La reconnaissance de l'obligation juridique de sécurité du patron envers l'ouvrier s'était doublée d'initiatives dans le milieu de l'industrie qui s'ingéniait à esquiver le jugement de responsabilité et, ultimement, à ne pas endosser le blâme pour les maux engendrés par l'industrialisation :

Dans la pratique, pourtant, cette doctrine [du « contrat de travail »] va servir à condamner les patrons, et ceux-ci, en revanche, vont sinon créer, du moins développer les institutions patronales comme autant d'instruments destinés à leur permettre d'échapper à la sanction juridique de leurs obligations, de les contourner, de se dérober au regard du juge et d'éviter l'immixtion du judiciaire dans les rapports qu'ils voudraient nouer avec leurs ouvriers. Si l'on ne voit jamais les patrons dénoncer le principe de la responsabilité, l'institution patronale ne constitue pas moins une critique pratique permanente et constante du droit de la responsabilité.<sup>126</sup>

L'absence de critique explicite quant à la responsabilité que le gouvernement attribuait aux patrons pouvait être attribuée au fait que c'étaient les pratiques gouvernementales qui instituaient la liberté dont l'entreprise avait besoin afin de mener à terme ses initiatives industrielles<sup>127</sup>. L'industrialisation nécessitait effectivement un dispositif gouvernemental dont la première caractéristique se trouvait dans la mise en oeuvre de politiques de sécurité. Ces dernières requéraient à la fois que le gouvernement garantisse la propriété aux entreprises, et qu'il gère les questions de sécurité publique – éviter les crises et révolutions – et de sécurité civile – assurer les conditions ouvrières –<sup>128</sup>. En contrepartie des conditions qu'il mettait en place et qui permettaient l'essor industriel, le gouvernement attribuait une fonction politique aux chefs d'entreprise, qui feraient tourner le moteur des politiques de sécurité. Il s'agissait « d'une sorte de contrat où, en regard de la sécurité qu'il leur garantit, le gouvernement attend des industriels qu'ils assurent, sur le territoire de leurs entreprises,

---

<sup>126</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 110.

<sup>127</sup> *Id.*, p. 113. Cette liberté est notamment assurée par une garantie juridique au niveau de la propriété, dont la législation minière est un exemple, « [a]vec ceci, toutefois, que cette liberté n'est pas une fin en soi, mais un instrument de gouvernement ». Voir *Id.* Pour ce qui est du régime juridique québécois, il faut considérer l'influence du droit anglais concernant les concessions des terres du domaine public. Voir P. LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 37 et suiv. Concernant les droits miniers plus particulièrement, voir J.-P. LACASSE, *Le claim en droit québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976, p. 14 et suiv.

<sup>128</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 113-116.

avec la sécurité de leurs ouvriers, l'ordre public »<sup>129</sup>. Et c'était précisément par la mise sur pied d'institutions patronales, lesquelles généraient un mode d'organisation sociale des ouvriers, que les chefs d'entreprises allaient s'acquitter de ce devoir social<sup>130</sup>. Ils allaient ainsi faire naître dans l'industrie une justice qui lui était propre<sup>131</sup> et qui, relevant de la bienfaisance, n'était pas sanctionnable juridiquement<sup>132</sup>; selon Ewald, « les pratiques de patronage ne relèvent pas d'un *infra*-droit mais d'un *contre*-droit »<sup>133</sup>, une « économie de pouvoir *autonome* » qui a « prétention à la *totalité* »<sup>134</sup>. Or, c'était justement afin de ne pas miner à l'équilibre du régime indépendant qu'était l'institution patronale que l'industrie, de manière antinomique, s'était ralliée à la philosophie libérale du début du XIX<sup>e</sup> siècle dans son désir d'éviter que le droit consacre les principes moraux qu'elle y faisait jouer<sup>135</sup> :

Rien ne pouvait être pire pour le patronage que de voir les principes de l'économie sociale repris comme doctrine juridique. C'était le renverser, le retourner contre lui-même. Légaliser une relation de bienfaisance revient en effet à la détruire, à l'annuler comme relation de pouvoir. « L'obligation est stérile : elle supprime, avec la spontanéité, le mérite et l'efficacité sociale de l'institution. En devenant obligatoires, l'épargne, la prévoyance, le patronage cessent d'être des vertus ; elles ne rapprochent pas les classes ; elles ne trempent plus les caractères ; c'est un impôt qu'on acquitte, non un effort qu'on s'impose ». [réf. omise] [...] D'où ce paradoxe qu'en

---

<sup>129</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 117. « Berle et Means [un juriste et un économiste ayant réalisé en 1932 une étude interdisciplinaire concernant les entreprises de grande envergure et leur pouvoir politique], considèrent que les grandes corporations commerciales des temps modernes constituent depuis la Révolution industrielle un des fondements de l'État moderne. Ils estiment que leur indéniabilité doit, comme le pouvoir souverain, être exercé au profit de la communauté et non pas à des fins purement égoïstes d'enrichissement personnel de la nouvelle aristocratie managériale et, accessoirement, des actionnaires seulement ». Voir M. TANCELIN, *Le droit malade de l'argent : essai*, Montréal, 2013, p. 119.

<sup>130</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 121.

<sup>131</sup> *Id.*, p. 133.

<sup>132</sup> *Id.*, p. 134.

<sup>133</sup> *Id.* Au début du XX<sup>e</sup> siècle, il se développe d'ailleurs en Amérique du Nord une « ère de paternalisme » parmi les grandes compagnies. Par exemple, la *Montreal Railway Company* « annonce la création, avec la collaboration de certains ouvriers, d'une société de bienfaisance mutuelle, offrant des assurances contre les risques de la maladie, des accidents, de la vieillesse et du décès afin d'améliorer les rapports entre le capital et le travail. [...] l'employeur s'assure donc du contrôle administratif de celle-ci, tout en camouflant cette domination sous une apparente légitimité démocratique ». Voir M. PETITCLERC, « Le paternalisme industriel et la gestion des risques sociaux au Québec. Le cas de la Montreal Tramways Company au début du XX<sup>e</sup> siècle », dans B. CAULIER et S. COURVILLE (dir.), *Temps, Espace et Modernités : mélanges offerts à Serge Courville et Normand Séguin*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 259-260. Cette tendance s'inscrit dans ce qui sera désigné le *welfare work*, soit « tous les services fournis pour l'amélioration du confort des employés qui ne sont ni une nécessité de l'industrie ni une obligation légale ». Voir *Id.*, p. 260, traduisant une citation de S. BRANDES, *American Welfare Capitalism, 1880-1940*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p.4. Sans insinuer qu'il s'agit de la forme contemporaine des institutions de patronage, notons qu'il existe actuellement des *Régimes d'avantages sociaux non assurés* (les RASNA) qui peuvent être fournis par certaines grandes entreprises à leurs employés. Voir MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, préc., note 40, p. 68.

<sup>134</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 134-135.

<sup>135</sup> *Id.*, p. 134.

moulant la règle du jugement juridique sur l'économie du patronage, on mettait en conflit pratiques patronales et pratiques juridiques de la responsabilité.<sup>136</sup>

Avec un État dont les pratiques correspondaient de moins en moins au régime libéral, faisant du droit de la responsabilité un régime de plus en plus interventionniste, le juridique devenait susceptible d'entrer en contradiction avec les institutions patronales. À ce titre, l'histoire allait démontrer que la manière dont l'État passerait outre ce conflit ne se trouvait pas tant au niveau de l'allégeance politique de son gouvernement, socialiste ou libéral, mais bien dans le type de rationalité qu'il mettrait de l'avant, et dont le noyau serait le calcul des probabilités<sup>137</sup>.

## **II. Vers une assurance sociale**

La sécularisation des sociétés occidentales avait fourni un espace tout désigné pour une appréciation de la réalité sociale qui ne répondait plus aux lois divines, mais désormais à des lois sociales. Il s'agissait d'ailleurs du terrain sur lequel le gouvernement allait développer des techniques de gestion du « malheur » sur la base d'une notion qui serait objective, le risque (a), et qui instaurent le passage d'une société libérale à une société *assurantielle* (b).

### **a. La mise en risque du social**

L'empirisme émergent à la suite de la sécularisation des sociétés avait permis l'objectivation du réel, par une compréhension scientifiée et disciplinaire de la réalité sociale. Cette nouvelle perception de la réalité allait mener à l'objectivation des individus et de leur destin face au mal au moyen des probabilités<sup>138</sup>. Ewald attribue à Adolphe Quételet le développement d'une sociologie basée sur le calcul des probabilités qui a fait la lumière

---

<sup>136</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 135. Ce discours rappelle d'ailleurs certains propos contemporains à propos de la gouvernance des entreprises. Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, Paris, Éditions Autrement, 2009, p. 59.

<sup>137</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 143.

<sup>138</sup> Il s'agit de l'« homme moyen ». Voir *Id.*, p. 158 et suiv.

sur des lois sociales d'un nouveau genre<sup>139</sup>. Quételet utilise la science mathématique, et plus précisément l'analyse probabiliste, afin de désenclaver ses observations des particularités individuelles, et objectiver la réalité sociale. Il en dégage des lois générales qui concernent l'ensemble des individus d'un groupe<sup>140</sup>. Analyser l'individu uniquement à travers le groupe social auquel il appartient constitue selon Ewald un « déplacement épistémologique fondamental » ; l'individu « n'est lui-même qu'au sein d'une collectivité », l'« homme devient un être *social* »<sup>141</sup>. Cette démarche apparaît à ses yeux telle une *ruse de la raison*, puisque malgré que les probabilités permettent de dégager des corrélations, c'est par une rationalisation que l'on arrive à en tirer des lois. Or, les lois gouvernant l'humanité n'étant pas en elles-mêmes observables, l'on devait nécessairement demeurer dans une relative ignorance quant aux récurrences observées, à savoir s'il s'agissait bel et bien de *lois*<sup>142</sup>:

La loi ne renvoie pas à ce qui serait un rapport nécessaire entre éléments identifiés du réel, elle se confond avec la constatation des régularités statistiques qui caractérisent certains phénomènes dès lors qu'ils sont observés en masse. Et la notion de cause ne désigne pas ce qui en serait la causalité objective ou efficiente – la sociologie de Quételet est de l'ordre de la constatation et non de l'explication –, mais ce que dans l'hypothèse d'un déterminisme minimal il faut bien supposer comme étant corrélatif de ces régularités.<sup>143</sup>

Ainsi, le calcul des probabilités permettait de se forger l'image d'un « homme moyen », un individu qui n'avait aucune existence tangible et dont les caractéristiques résultaient d'un certain nombre de calculs mathématiques, mais par rapport auquel on jugeait néanmoins les individus réels<sup>144</sup>. L'« homme moyen » devenait la norme de référence : « [L]a perfection, le devoir, le bien, le bien-être seront d'être dans la norme et la moyenne »<sup>145</sup>. Ce déplacement épistémologique laissait en toute évidence loin derrière l'idée de l'existence de caractéristiques universelles qui définiraient chaque humain<sup>146</sup> ; il s'agissait désormais de

---

<sup>139</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 147. La sociologie de Quételet, selon Ewald, diffère de celle proposée par Auguste Comte, lequel s'est plutôt inspiré du récit du développement social pour dégager des lois auxquelles obéit l'individu, et qui ne sont donc pas fondée sur les probabilités. Par ailleurs, sur l'émergence de la notion de probabilité et les premières estimations probabilistes de risque, voir C. KERMISCH, préc., note 6, p. 7-10.

<sup>140</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 149-150.

<sup>141</sup> *Id.*, p. 149.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 152.

<sup>143</sup> *Id.*, p. 153.

<sup>144</sup> *Id.*, p. 157-159.

<sup>145</sup> *Id.*, p. 161.

<sup>146</sup> *Id.*, p. 160.

voir dans quelle mesure on s'éloignait de ce que l'humain devait normalement être, de l'« homme *normal* »<sup>147</sup>.

Une telle compréhension du social selon des lois probabilistes n'impliquait pas pour autant que la liberté des individus promue par les libéraux soit catégorisée comme pure illusion. En effet, malgré l'établissement des lois actuarielles, pour Quételet, le libre arbitre n'était ni discriminé, ni ne minait de discréditer celles-ci. Il considère que lorsqu'ils sont recadrés dans la collectivité, les effets du libre arbitre qui pourraient individuellement sembler vouloir faire mentir la norme *a priori*, viendraient en définitive à se neutraliser<sup>148</sup>. Ewald rappelle toutefois que le libre arbitre ne pouvait être compris sans apprécier le rapport de l'individu à la société : « [l]a liberté n'est pas un pouvoir d'absolue autodétermination. Être libre ne signifie pas être indépendant ou indéterminé. La liberté est un pouvoir sans doute réel, quoique limité, de résister et de réagir aux influences que nous subissons »<sup>149</sup>. Ainsi, parce que le libre arbitre ne suffisait pas à déjouer les probabilités<sup>150</sup>, l'« homme normal » pouvait demeurer la référence.

En d'autres termes, même si l'individu conservait une maîtrise de ses faits et gestes, l'ensemble des comportements individuels confirmait les lois sociales, permettant d'administrer la société sans évaluer chaque cas isolé. L'individu se fondait dans la masse sociale, et ses gestes individuels y étaient en quelque sorte dissouts. La morale libérale, qui s'adressait plus directement à l'individu qu'à l'ensemble, ne représentait plus un incitatif à la prévoyance aussi puissant. C'est pourquoi à partir de ce moment, une composante essentielle de la prévoyance allait se trouver dans l'influence que l'on pouvait avoir sur les causes sociales des accidents, notamment par l'intervention de l'organe public<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Celui-ci « est à la statistique ce que "l'homme normalement prudent et diligent" est au droit civil ». Voir A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 135, qui souligne qu'un des effets pervers de la référence aux statistiques en droit a été l'adoption de lois eugénistes. Voir *Id.*, p. 137-138.

<sup>148</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 162.

<sup>149</sup> *Id.*, p. 166.

<sup>150</sup> Selon Ewald, l'accident « se définit exactement d'être au point d'articulation d'une régularité statistique et de la liberté individuelle ». Voir *Id.*

<sup>151</sup> *Id.*, p. 167. Précisons qu'« au Québec et au Canada, les exigences particulières de la mise en valeur du pays ayant déjà suscité certaines interventions de l'État dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'extension de ces interventions a été non seulement acceptée par l'opinion publique, mais même souvent recherchée par les milieux économiques ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 37.

Incidemment, un changement de rationalité gouvernementale s'imposait, et « [c]ette politique a un nom : l'hygiène sociale ; une forme privilégiée : la prévention, dont la répression ne devrait être qu'une des modalités ; un organe : non plus la justice, mais l'administration »<sup>152</sup>. Administrer *justement*. C'est ici qu'allait intervenir la technologie de l'assurance.

## **b. La société assurantielle**

La montée en flèche des risques professionnels inaugurerait sans doute définitivement l'ère de l'expansion de l'assurance sociale dans le programme politique. Puisqu'elle représentait une technique permettant de faire reposer l'indemnisation des préjudices subis à l'occasion du travail sur le risque professionnel et non sur la faute, l'assurance devenait obligatoire<sup>153</sup>. L'assurance n'était plus une pratique entièrement contractuelle, et librement consentie par ceux qui désiraient se protéger. Un véritable régime d'assurance accident s'en trouvait institué quant aux accidents du travail : un droit du travail<sup>154</sup>. Ce pas étant franchi, la porte était résolument ouverte à une réforme politique et économique qui allait tourner autour de la mise en place d'une assurance pour résoudre le problème de la responsabilité; apparaissait à l'horizon l'État providence, prêt à détrôner une fois pour toutes l'État libéral

---

<sup>152</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 168.

<sup>153</sup> Il n'est pas sans importance de mentionner qu'historiquement, au Moyen Âge, « [j]ouer avec l'invertiture de l'avenir, "c'était conclure un pacte implicite avec le diable" », et que des pratiques de type assurantielles (le prêt à la grosse aventure) se buteront à certaines interdictions décrétées par le Pape Grégoire IX concernant le prêt à intérêt. Voir A. PLESSIS et A. STRAUS, « L'essor des assurances dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle », (2001) 69(2) *Assurances* 65, 71-72. L'obligation d'assurance marque donc un revirement catégorique.

<sup>154</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 307-308. Au Québec, ce virage s'est notamment manifesté par l'adoption de la *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent*, S.Q. 1909, c. 66 et la *Loi des retenues sur le salaire des ouvriers pour fins d'assurance*, S.Q. 1915, c. 71. « La loi initiale de 1909 contraignait les employeurs à souscrire une police d'assurance relative à ce risque. Dès lors, certains employeurs imposèrent à leur tour le paiement de la prime par les salariés à l'aide d'une ponction proportionnelle sur le salaire de chacun. Telle fut la pratique de contournement que cette loi de 1915 voulut expressément prohiber ». Voir F. MORIN, *L'élaboration du droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 7. En outre : « Il est ironique de constater qu'au moment où les tribunaux forgeaient à l'intérieur du Code civil un régime favorable aux victimes d'accidents industriels [le régime général de la responsabilité du fait des biens], le législateur intervenait pour réglementer, en dehors de ce même Code, le cas des accidents du travail [...] ». Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 869. Une « théorie du risque industriel » aurait été invoquée pour la première fois dans l'arrêt *Shawinigan Carbide Co. c. Doucet*, [1910] 42 R.C.S. 281 par le juge Fitzpatrick dans le cadre de l'interprétation de l'article 1054 C.c.B.-C. Voir *Id.*, p. 870. Pour un résumé au sujet de l'émergence de la notion de risque professionnel au Québec : voir *Id.*, p. 947-948. Notons que selon Baudouin (et al.), l'évolution de la *Loi sur les accidents du travail* (R.L.R.Q., c. A-3) sera par la suite plutôt influencée par son équivalent ontarien, s'éloignant du modèle français. *Id.*, p. 949.

en plongeant dans une logique globalement assurantielle<sup>155</sup>. Or, l'idée d'une justice dont les règles seraient établies et fixées par l'assurance allait mettre un terme au débat de savoir qui était responsable des accidents découlant de l'industrialisation des sociétés, ou du moins l'atténuer. Dès lors que les groupes à risque se trouvaient assurés contre le mal, assurés de ne pas tomber dans la misère, nul besoin de diaboliser l'industrialisation ou de condamner les patrons : « [l]'assurance, par la répartition des risques qu'elle opère, permet en quelque sorte à l'industrie de réintégrer la société ; mieux : elle en fait le centre de son développement, la norme; elle fait véritablement des sociétés modernes des sociétés industrielles »<sup>156</sup>. Se situent ici les dessous d'une pétition de principe dans laquelle le développement du droit en fonction d'un imaginaire assurantiel, qui pouvait en partie se justifier comme étant nécessaire afin de protéger les individus contre les dommages de la société industrielle, servait en fait le projet de l'industrialisation lui-même.

Parallèlement aux obligations d'assurance prévues dans la loi, d'autres transformations avaient des impacts considérables au niveau de la mise en oeuvre des droits. En effet, dans sa logique davantage assurantielle, l'État attribuait désormais dans les lois qu'il sanctionnait des droits directement à l'ouvrier qui encourait les risques professionnels, droits dont celui-ci pouvait se prévaloir sans devoir soumettre son cas à un membre de la magistrature : « un droit, donc, où la fonction judiciaire soit purement constatative, d'*expertise*. Le droit social, puisque c'est lui qui va naître, a d'abord été réfléchi comme un droit ajudiciaire »<sup>157</sup>. En raison de sa nature, la route que le droit social empruntait à partir du droit du travail ne pouvait que demeurer parallèle à celle du droit civil, et du régime de responsabilité civile, qui demeuraient quant à eux essentiellement judiciaires<sup>158</sup>. En bref, l'ouvrier était désormais

---

<sup>155</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 308-309.

<sup>156</sup> *Id.*, p. 315.

<sup>157</sup> *Id.*, p. 275. « L'encombrement des tribunaux a permis de constater que rendre finalement justice à la victime d'un accident plusieurs années après la survenance de celui-ci, était, dans bien des cas, ne pas lui rendre justice du tout et consacrer au contraire une injustice flagrante (*Justice delayed is justice denied*). En supprimant le débat sur la faute, en ôtant le recours aux tribunaux judiciaires et en "administrant" le recours, la compensation (même si elle reste inférieure à celle à laquelle la victime aurait pu prétendre en vertu du droit commun) peut être accordée plus rapidement ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 67. Sur l'expertise dans la mise en œuvre du droit social, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 877 et suiv.

<sup>158</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 282-283. Le fait que le régime assurantiel et le régime de la responsabilité civile demeurent par essence exclusifs l'un de l'autre n'empêche pas qu'ils entretiendront une relation et même s'influenceront mutuellement. Notamment, les dommages accordés dans les procès de



doté de droits dont il pouvait se prévaloir facilement et rapidement, et qui lui assuraient une certaine sécurité face aux aléas de l'industrialisation. Dans un contexte où l'individu était couvert par le biais des assurances responsabilité rendues obligatoires, et où il avait par ailleurs la possibilité de se prévaloir directement de droits qui lui avaient été attribués, il n'était plus question que l'industrie soit culpabilisée et que son implication dans l'indemnisation soit justifiée par la notion de faute : l'accident n'était décidément pas fautif, il était normal ou anormal<sup>159</sup>.

En ce sens, c'était toute la façon de conceptualiser la responsabilité qui se métamorphosait : le risque devenait une *cause objective* de responsabilité, et la responsabilité, sans faute<sup>160</sup>. Non pas que l'évacuation de la notion de faute traduisait un changement radical dans la réalité, mais plutôt dans la manière de l'appréhender :

Le droit du travail [et tout droit social] est fait d'autant de fiction que le droit civil. On peut penser que c'est la raison pour laquelle ses énoncés gardent le statut de droit. Du droit civil au droit social, la différence n'est pas tant de la fiction au réel, mais une transformation dans le

---

responsabilité civile peuvent être plus importants lorsque le responsable bénéficie d'une assurance responsabilité. Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 16-17. De plus, comme il en sera question ultérieurement, la couverture d'assurance responsabilité civile et ses modalités sont liées à l'état du droit et aux prévisions quant à l'issue d'un procès. Les deux régimes entretiennent même parfois des rapports. Par exemple, le cumul du montant auquel peut être condamné le responsable et des indemnités qui peuvent être versées par un tiers, prévues dans un régime légal ou un contrat, n'est possible que dans la mesure où ce tiers ne bénéficie pas d'une subrogation lui permettant de poursuivre lui-même le responsable. Voir l'article 1608 du C.c.Q. ; voir également *Id.*, p. 460. Au sujet du cumul avec les indemnités prévues par un régime de « sécurité sociale », voir *Id.*, p. 461-465. Des mécanismes de subrogation sont généralement prévus dans les lois constitutives de ces régimes. Par contre, dans certains cas, la victime pourra soit opter entre la responsabilité civile et l'indemnité prévue à la loi, soit se prévaloir du régime légal et tenter un recours judiciaire afin de récupérer une somme additionnelle, jusqu'à concurrence de son préjudice réel. Au sujet du cumul avec une indemnité reçue en raison d'un contrat d'assurance, l'article 2474 C.c.Q. prévoit la subrogation légale de l'assureur contre l'auteur du préjudice, ce qui empêche le cumul. Pour les autres types d'assurance et la possibilité de subrogation conventionnelle, voir *Id.*, p. 465-468.

<sup>159</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 286. Au sujet de la substitution de la faute par une « théorie des risques », et plus précisément concernant le critère de « l'acte socialement normal (*risque créé*) », ou de la réparation basée sur « l'acte jugé "socialement anormal" » : « On a reproché avec justesse à ce critère, d'une part son caractère flou, et d'autre part de revenir indirectement au rétablissement de la faute traditionnelle ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 169. Dans le système québécois, la théorie des risques n'aurait jamais été complètement intégrée, quoiqu'elle ait pu influencer certains régimes. Voir *Id.*, p. 170-171, référant notamment à *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barette*, [2008] 3 R.C.S. 392. À titre d'exemples, voir aussi : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, R.L.R.Q., c. A-3.001 ; *Loi sur l'indemnisation des marins marchands*, L.R.C. (1985), c. M-6 ; *Loi sur la responsabilité nucléaire*, L.R.C. (1985), c. N-28 ; *Loi sur Héma-Québec et sur le comité de biovigilance*, R.L.R.Q., c. H-1.1, art. 54.1 et suiv.

<sup>160</sup> La responsabilité objective est une responsabilité sans faute, en vertu de laquelle la survenance du préjudice donne automatiquement ouverture à l'obligation de réparer celui-ci à la victime. Voir H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, préc., note 18, [responsabilité objective]. Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 295.

type de fiction. Aux fictions de la volonté, de l'égalité, de la faute se sont substituées celle du risque, d'entreprise, de société. Les psychanalystes diraient qu'on est passé d'un ordre symbolique à un autre. On n'est pas plus près du réel pour autant : on n'a plus le même imaginaire.<sup>161</sup>

Cet imaginaire dans lequel s'inscrivait le risque professionnel se distinguait par son caractère *assurantiel*. Et au travers d'un imaginaire désormais assurantiel, la société devenait par ricochet *société assurantielle*<sup>162</sup>. L'imaginaire assurantiel modifiait concrètement la manière dont les rapports sociaux étaient envisagés dans la société. Il s'agissait d' « une pensée de la mutualité, du contrat, pour laquelle personne n'est un tiers pour l'autre, [qui] permet d'établir des relations, des échanges, des équivalences là où, au contraire, la problématique de la responsabilité divise, oppose »<sup>163</sup>. Sur cette base allaient se développer des techniques politiques s'inspirant de l'imaginaire assurantiel<sup>164</sup>.

Évidemment, l'État ne pouvait pas simplement instituer une grande assurance publique qui aurait couvert la société entière contre le risque de l'industrialisation elle-même. La manière dont la société assurantielle se représentait la réalité, ne référant plus à la nature, mais uniquement à elle-même, impliquait plutôt que les risques de l'industrialisation s'immiscent dans le social, devenant sans doute *risque social*<sup>165</sup>. Et cela impliquait nécessairement, nous dit Ewald, une multiplication des sphères de risques, ceux-ci pouvant se loger dans toutes les facettes du social que l'on interrogeait d'un oeil statistique. De plus, avec la société comme étalon de mesure, et l'« homme normal » qui la représentait, toute inégalité devenait perçue comme étant fondamentalement injuste<sup>166</sup>. Corrélativement, le risque étant partout, et tout étant injuste, « [l']assurance devient sociale, non pas tant que de nouveaux risques

---

<sup>161</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 316.

<sup>162</sup> La société assurantielle, selon lui, succéderait au « vieil État de droit ». Voir *Id.*, p. 317. Selon lui, « il ne faudrait pas entendre seulement par là [sociétés assurantielles] des sociétés où se sont multipliées les institutions d'assurances, encore que cela ne soit pas sans importance ni signification, mais surtout des sociétés qui réfléchissent leurs problèmes et imaginent leur régulation à travers la technique et les catégories de l'assurance ». Voir *Id.*, p. 20. Le soulignement est un ajout.

<sup>163</sup> *Id.*, p. 306.

<sup>164</sup> Sur les rapports entre les techniques d'assurance sociale et d'assurance privée, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 818-821.

<sup>165</sup> « La reconnaissance du "risque social" institue la rationalité du risque et de l'assurance au niveau d'une norme fondamentale, comme une source propre de juridicité. [...] Transformée en risque social, l'insécurité de chacun devient un problème social. Si la misère reste bien une affaire individuelle, la charge de la misère, le danger qu'elle représente sont une affaire sociale ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 333-334.

<sup>166</sup> *Id.*, p. 328.

deviennent assurables – comme le risque "professionnel" ou les risques "sociaux" –, mais parce que les sociétés s'analysent elles-mêmes et leurs problèmes en fonction des principes de la technologie du risque généralisé »<sup>167</sup>. Or, la logique de l'assurance sociale, outre le fait qu'elle soit promue directement par l'État à travers la législation, différerait des pratiques de l'assurance contractuelle en ce qu'elle attribuerait le droit à ce que l'égalité soit rétablie en contrepartie du versement d'une somme qui ne correspondait pas nécessairement au risque<sup>168</sup>: « [L]e principe est que cette richesse collective ne se constitue pas sans dommages particuliers, dont il convient de répartir la charge, et, inversement, que dans la mesure où tous ont contribué à la former chacun doit avoir sa part de profits »<sup>169</sup>. Cela rejoignait toujours l'idée d'une industrialisation que l'on ne devait pas freiner, surtout que les bénéfices qu'elle engendrait en termes de capitaux allaient théoriquement participer à compenser les maux infligés. La société industrielle devenait elle-même le groupe à assurer contre les risques industriels, et utopiquement, la bénéficiaire des retombées positives de l'industrialisation.

Conséquemment, l'assurantialisation de la société se fondait sur une nouvelle conception du lien social : la solidarité<sup>170</sup>. La reconnaissance politique et juridique d'une solidarité sociale était un dépassement incontestable de la limite libérale et marquait le début d'une prolifération des règles juridiques afin de promouvoir et de préserver une certaine *justice*

---

<sup>167</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 343.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 343.

<sup>169</sup> *Id.*, p. 345.

<sup>170</sup> Selon Ewald, le schéma de la solidarité serait par ailleurs celui de l'assurance, et reposerait sur trois principes : « a. le tout existe indépendamment de ses parties [...] b. il n'y a pas de partie qui ne soit pas partie d'un tout [...] c. les individus mènent une double existence : comme individus, avec l'illusion de leur conscience et de leur liberté, et comme parties du tout obéissant à ses lois et contribuant à son ordre. Dédoublé essentiel qui permet de penser le rapport tout-parties autrement que sous la forme de l'absorption ou d'un déterminisme trop rigoureux. La relation qui articule le tout sur ses parties maintient leur identité respective. Elle doit être pensée selon la logique des causalités complexes qui est celle du calcul des probabilités ». Voir *Id.*, p. 350. À noter que cette solidarité sociale se développe notamment en parallèle de l'introduction d'une « doctrine solidariste », influencée par Léon Bourgeois, selon laquelle le droit n'est plus un outil limitant le pouvoir étatique. Cette doctrine a comme concept central le quasi-contrat, en vertu duquel : « Là où la nécessité des choses met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'arrangement à intervenir, la loi qui fixera entre eux ces conditions ne devra être qu'une interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit. Le quasi-contrat n'est autre chose que le contrat rétroactivement consenti ». Voir L. BOURGEOIS, « Le problème social », *La Politique de la prévoyance sociale*, Paris, 1994 T. I, p. 25, cité par F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 369.

face aux *inégalités*, toutes deux essentiellement *sociales*. En conséquence de cette solidarité institutionnalisée, la société n'avait cependant jamais d'identité arrêtée. Elle avait initié un dialogue dans lequel il s'agissait de s'accorder sur le contenu du contrat social qui régissait l'existence des individus et la répartition des richesses : « [n]on seulement la société devait s'organiser sous la forme d'une vaste assurance, mais l'assurance apparaît comme l'instrument même de la négociation permanente que la société doit désormais entretenir avec elle-même »<sup>171</sup>. La société assurantielle représentait davantage qu'une prolifération de la pratique de l'assurance : elle constituait une société dans laquelle l'assurance était l'outil central d'expression de la rationalité politique<sup>172</sup>. Dans ces circonstances, on ne pouvait plus parler d'un glissement de la limite libérale, celle-ci étant tout simplement outrepassée ; la société assurantielle, à travers une compréhension sociologique de la société, plaçait le droit au premier plan, et « [s]eul ce qui est reconnu, estampillé dans la forme du droit a de la valeur. Seul le droit serait compatible avec la dignité de l'individu. Cet évanouissement de la morale au profit du droit dans la problématique politique est certainement l'un des événements les plus importants de l'histoire contemporaine »<sup>173</sup>. Cette transformation au niveau du droit impliquait tout particulièrement sa *socialisation*.

### III. Vers un droit social

Le droit qui apparaissait à coups de transformations en réponse aux risques sociaux n'était ni *civil*, ni *public* : c'était un droit *social*<sup>174</sup>. Ewald constate que ce droit nouveau genre

---

<sup>171</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 371.

<sup>172</sup> *Id.*, p. 373. L'auteur mentionne que sa préférence pour l'expression « société assurantielle » plutôt qu'État providence tient au fait que ce sont les *technologies politiques* utilisées par l'État providence qu'il a analysées dans son ouvrage, et que c'est l'utilisation des technologies assurantielles par le gouvernement qui, *dans le cadre de l'État providence*, donne lieu aux assurances « sociales ». Voir O. MONGIN et J. ROMAN, « Société assurantielle et solidarité : Entretien avec François Ewald », (2002) 10 *Esprit* 117 et F. EWALD, « L'assurantialisation de la société française », (2011) 31(2) *Les Tribunes de la santé* 23. Voir également J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 17, pour qui « les concepts de socialisation des risques et de solidarités sociales » font en sorte que « le système tend, de plus, soit à se servir de l'assurance pour financièrement garantir une compensation même en dehors de toute faute, soit à l'intégrer dans un système de sécurité sociale, soit enfin à rendre difficile l'exonération du responsable désigné ». L'utilisation de la technologie assurantielle par un État n'engendrerait donc pas nécessairement un État providence au sens strict.

<sup>173</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 374.

<sup>174</sup> Le droit social prétendrait constituer un système autonome et concurrent du droit civil. Voir *Id.*, p. 436. Ce type de droit est véhiculé par un *État social*, dont les principales caractéristiques seraient perceptibles dans l'État québécois et canadien. Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 44.

n'impliquait pas pour autant que les codes et lois soient abolis et que le système législatif soit reconstruit en entier. Le droit social s'immisçait au travers de la législation qui lui précédait, transition qui s'opérait notamment par une transformation, par une *socialisation* du contenu du Code civil français et l'adoption de lois particulières<sup>175</sup>. Le régime contractuel ne faisait pas exception à cette intrusion de la rationalité *politique*, voire *solidariste*, propre au droit social, ce qui engendrait des changements au niveau même de la relation contractuelle :

Ce qui change de l'un à l'autre peut s'analyser en termes de pure logique : c'est la manière de concevoir les rapports du tout au tout et de ses parties, le rapport des individus entre eux et au tout qu'ils forment par leurs relations, en un mot la manière de penser le contrat social. Alors que le contrat classique s'analyse comme la relation immédiate d'individu à individus souverains et autonomes, d'où sort un État dont la compétence est limitée à la garantie des contrats passés en quelque sorte sans lui, dans le contrat de droit social, le tout a une existence propre et indépendante des parties – ce n'est plus l'*État*, mais la *société* –, et les parties ne peuvent jamais s'obliger directement sans passer par la médiation du tout.<sup>176</sup>

Tandis que la justice avait pu se situer au coeur du contrat chez les libéraux, l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle rencontraient ici des limites tangibles. La mise en place d'un ordre contractuel, de règlements et de lois encadrant la pratique contractuelle, qui faisaient en sorte que l'État ne se trouvait jamais très à l'écart, restreignaient la liberté : il s'agissait d'une véritable *publicisation* du contrat « privé »<sup>177</sup>. Cette publicisation du contrat n'était toutefois qu'un *effet* de la socialisation du droit, et non une *caractéristique* du droit social<sup>178</sup>.

Le droit social, selon Ewald, affiche trois caractéristiques distinctives<sup>179</sup>. D'abord, il s'agit d'un droit *réaliste*, en ce qu'il se présente sous la forme d'un droit toujours plus spécialisé et modelé sur et pour des groupes sociaux. Ensuite, c'est un droit des *inégalités*, ayant comme objectif de rétablir l'équilibre entre les faibles qui se trouvent défavorisés au profit des forts, notamment par des mécanismes de compensation. Enfin, le droit social se présente comme

---

<sup>175</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 436. Tout comme le droit social ne cause pas une révolution complète du système juridique établi, « [i]l faut retenir, cependant, que cette évolution n'implique pas l'abandon des conceptions antérieures de l'État et de l'action gouvernementale, mais bien la superposition d'une conception élargie à celle qui avaient déjà cours et qui n'ont pas cessé d'avoir cours ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 44.

<sup>176</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 436.

<sup>177</sup> *Id.*, p. 450.

<sup>178</sup> *Id.*, p. 436.

<sup>179</sup> *Id.*, p. 451-452.

un droit *sociologique*, qui ne trouverait plus ses bases dans une philosophie comme son prédécesseur droit civil. La compréhension de la société que permettait la sociologie offrait effectivement un savoir dont s'alimentait le droit social. Entre autres, les inégalités qui se logent au sein des relations contractuelles qu'entretiennent certains groupes de personnes pouvaient ainsi être soulignées scientifiquement, justifiant que le droit vienne leur pallier, par exemple dans l'institution d'un droit de la consommation<sup>180</sup>. Mais comment déterminait-on la nature des corrections à apporter dans la relation contractuelle, les situations qui méritaient la protection du droit, et de quelle manière ? La réponse à cette question se situait nécessairement dans la manière de déterminer les valeurs qui seront véhiculées par le droit.

Avant l'avènement du droit social, dans le droit civil libéral du début du XIX<sup>e</sup> siècle, l'appréciation de la valeur des prestations respectives des parties afin d'en trouver le juste équilibre, tout comme l'appréciation de ce qui était fautif, se faisait en référence à un droit *naturel*. Le droit social ne s'identifiait cependant plus à cette source : le juste, même dans la relation contractuelle entre individus, référerait toujours plus largement au contrat de solidarité sociale<sup>181</sup>. Ainsi, la justice devenait *sociale* et visait le bien commun, soit à ce que tous soient mis sur le même pied d'égalité, soit celui de l'« homme normal ». Cette justice prenait forme à travers un ordre juridique nouveau à travers lequel les intérêts des particuliers étaient désormais déterminés par l'État<sup>182</sup>. Cette socialisation du droit se calquait, selon l'analogie proposée par Ewald, sur un droit des *transactions*<sup>183</sup>. La *transaction* à laquelle réfère Ewald se logeait dans le consensus que l'on établissait face aux intérêts opposés de différents groupes, et qui était consacré au coeur même de la loi, tel le jugement d'un procès dont la société entière aurait été partie. Or, ceci supposait que l'État

---

<sup>180</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 453.

<sup>181</sup> *Id.*, p. 458.

<sup>182</sup> *Id.*, p. 463-464.

<sup>183</sup> L'analogie d'un droit des *transactions* que fait Ewald est entendue dans un sens très large : une transaction *sociale*, en quelque sorte calquée sur le modèle de la transaction prévue au Code civil - « une transaction est un *contrat* ; elle suppose un *litige* ou une contestation ; et, enfin, des *sacrifices mutuels* ». Voir *Id.*, p. 460. Donc il ne s'agit pas ici de faire référence au montant versé par un assureur qui, par le fait qu'il ne s'agisse pas nécessairement d'une réparation intégrale, puisse consolider une transaction entre l'auteur d'un dommage et la victime. Pour une définition de la transaction en droit québécois, voir l'article 2631 C.c.Q. : « La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques ».

devienne l'arbitre des intérêts sociaux divergents<sup>184</sup>. Cette dynamique impliquait nécessairement – et, dans la mesure où le politique devenait la source première du droit, heureusement – que les *transactions* puissent toujours être remises en question, et donc que les lois puissent être modifiées<sup>185</sup>.

La règle de jugement qui supporte le droit social selon Ewald en est une d'équilibre et ce, pour deux raisons. D'abord, le droit social ne posait pas de jugement sur la base d'un principe qui aurait été extérieur à la société, comme le bien ou le mal : le jugement était *social*. Cela impliquait que la justice se trouvait dans la société elle-même et dans les valeurs dont elle faisait la promotion, lesquelles ne pouvaient désormais apparaître autrement que relatives. Ensuite, baser le jugement sur une règle d'équité anéantissait une fois de plus la possibilité d'établir une distribution et une répartition de la richesse sur la base de la causalité des dommages. Il devenait ainsi nécessaire de comparer et de « mettre en équilibre » des valeurs qui ne s'évaluaient pas en termes monétaires, ce qui obligeait la société à poser un jugement sur elle-même, sur les valeurs *sociales*<sup>186</sup>.

Au niveau du jugement judiciaire, cette nécessité de mettre en équilibre des valeurs faisait en sorte qu'il acquérait un caractère *normatif*, signifiant qu'il s'agissait désormais de juger

---

<sup>184</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 465-467. Au sujet du rapport entre la détermination de l'intérêt général et la loi, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 84 et suiv.

<sup>185</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 467. Ewald souligne que « la pratique des transactions, l'établissement de l'ordre contractuel reste fondamentalement de la compétence du Parlement ; si la loi tend à prendre la forme d'une transaction, les transactions doivent prendre l'habit formel de la loi. [...] en fonction de ce nouveau programme où la loi ne peut plus être conçue comme un principe juridique immuable et intangible, mais comme arrangement, compromis toujours révisable entre groupes et intérêts en conflit, devait se poser le problème de la capacité du Parlement à assurer la tâche qui était maintenant la sienne : ne fallait-il pas substituer à la loi du nombre (un homme, une voix), une représentation plus adéquate des véritables acteurs sociaux : groupes, syndicats, avec leurs intérêts propres? Problème, au sens large, de la *représentation proportionnelle* [...] problème de la ligne de démarcation entre le juste et l'injuste ». Voir *Id.*, p. 467-468. Il est intéressant de constater que ce droit des transactions, droit « social », arbitrant nécessairement les intérêts des acteurs économiques et des individus, ne peut être exclusivement dédié à la protection des citoyens ; dans le droit sont intégrés des impératifs économiques, pondérés en fonction du consensus social. Selon Ph. Jestaz, au sujet de la « prolifération du social », il s'agirait d'« une véritable tendance, qui cherche à plaquer sur l'économie de marché une superstructure socialisante ou peut-être une idéologie du juste prix ». Voir Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *L'évolution contemporaine en droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 128, 133-134, cité dans P. LEGRAND JR, « Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30-4 *C. de D.* 875. « Le contrat apparaît ainsi comme, à la fois, un "élément de richesse [...], un élément de valeur pour l'exploitation" [réf. omise], et "l'instrument de la « stratégie » de l'entreprise" [réf. omise] ». Voir *Id.*

<sup>186</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 470-473.

en fonction de la normalité sociale prédominante :

Non pas que l'anormal soit amoral ou fautif. Bien au contraire, il peut être utile et nécessaire, comme le développement industriel avec les nuisances qui l'accompagnent. Mais il introduit un déséquilibre social dont il apparaît juste qu'on le compense, en fonction d'une certaine idée d'égalité dans la répartition collective des charges.<sup>187</sup>

On pouvait penser que cette manière de poser le droit dans le jugement impliquerait d'y introduire une certaine dose d'arbitraire. À cet égard, que le droit permette au jugement de s'adapter aux faits était, selon Ewald, exactement l'effet désiré à travers l'élaboration d'un droit social<sup>188</sup>. Le droit devenait en quelque sorte moralisateur, puisque l'État intégrait des principes moraux dans le corps même des lois afin de s'assurer de leur respect<sup>189</sup>. De ce fait, le *jugement normatif* auquel laissait place le droit social référait à un « esprit des droits » qui permettait de déterminer quels étaient les droits sociaux qui devaient être défendus, un *métadroit* par essence variable, et qui mettait conséquemment à mal tout espoir d'une sécurité juridique claire et définitive<sup>190</sup> :

Par principe de changement social, toute loi, dès que promulguée, est déjà dépassée : elle le sera toujours, inéluctablement, irréductiblement inadaptée. Pis, un frein au changement. Son respect contraindrait la société à se crispier sur des positions déjà dépassées. Il serait facteur de rigidité là où on a besoin de mobilité, d'inadéquation là où on recherche coïncidence avec soi-même. Le droit social avait besoin de s'exprimer sous des formes qui permettaient sa permanente individualisation à des cas et des situations sans cesse variables. Et cela, la forme de la loi ne permettait pas d'y satisfaire. [...] Et pour plusieurs, si la loi avait perdu ses privilèges comme « meilleur mode d'expression du droit » pris dans le premier sens, elle les gardait du point de

---

<sup>187</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 473.

<sup>188</sup> *Id.*, p. 473.

<sup>189</sup> *Id.*, p. 478. Notons que la norme n'est pas exclusivement législative : « La loi n'a pas pour effet de limiter l'obligation d'une personne d'agir conformément à la norme sociale générale de ne pas causer préjudice à autrui ». Voir V. KARIM, *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 835, qui réfère notamment à *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201.

<sup>190</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 479-481. Au sujet de la norme à laquelle Ewald réfère : « La norme n'est plus seulement ici un instrument servant à mesurer un excès et permettant d'imputer une responsabilité en dehors de l'idée de faute ; elle devient principe de *normalisation*, nouvelle qualification de l'ancienne moralisation. *Norme* est le nom que prend la règle morale dès lors que la morale devient sociale. Les deux sens de la norme [norme en tant qu'anormal ou excessif – référant aux probabilités–, et norme en tant que morale sociale] ne sont évidemment pas sans rapport : ils participent de cette rationalité selon laquelle le jugement doit toujours être jugement actuel de la société sur elle-même ; jugement social bien plutôt que moral. Ils se distinguent seulement comme l'objectif du subjectif, ou selon une opposition maintenant dépassée, comme le droit du devoir ». Voir *Id.*, p. 481-482. La norme est donc un *dénominateur commun autoréférentiel* selon Ewald, et peut être issue de logiques différentes : « the panoptical logic, the probabilistic schema of insurance, or the communicative logic of the technical norm ». Elle implique une *règle de jugement* et a l'intention de produire cette *règle*. « The norm is a means of producing social law, a law constituted with reference to the particular society it claims to regulate and not with respect to a set of universal principles. More precisely, when the normative order comes to constitute the modernity of societies, law can be nothing other than social ». Voir F. EWALD, « Norms, Discipline and the Law », (1990) 30 *Representations. Special Issue : Law and the Order of Culture* 138, p. 154-155.



vue technique : la loi restait ce mode d'expression du droit qui offrait les meilleures garanties de sécurité.  
On passait ainsi d'un monisme de la loi à un « pluralisme juridique » – qui, pratiquement, était loin d'exclure la loi.<sup>191</sup>

La loi n'était donc pas la matérialisation exclusive du droit, celui-ci prenant aussi forme par le biais des jugements, ce qui amplifiait radicalement le rôle et les pouvoirs qui étaient accordés aux juges<sup>192</sup>. La discrétion dont ceux-ci bénéficiaient ne les guidait cependant pas vers l'arbitraire : la décision du juge obéissait vraisemblablement à une règle, une règle qui lui permettait – l'obligeait – à la prendre en fonction du cas qui se présentait à lui<sup>193</sup>. À quelles conditions le jugement pouvait-il être *juste* ? Dans le contexte du droit social, la justice n'était pas un objectif poursuivi par le *droit* en tant que tel. Lui étant extérieure, la justice représentait même en quelque sorte un danger pour lui<sup>194</sup>. Pour que la pensée juridique demeure autosuffisante, indépendante, et qu'elle n'ait pas à se réorganiser en fonction de ce qui serait *juste*, il allait être nécessaire que « les choses nouvelles continuent d'être pensées dans d'anciennes catégories, encore nécessaires quoique devenues tout à fait inadéquates »<sup>195</sup>. C'est en ce sens, selon Ewald, que le positivisme juridique s'est imposé<sup>196</sup>, le droit référant désormais à lui-même sans devoir se conformer à une justice lui étant

---

<sup>191</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 487.

<sup>192</sup> *Id.*, p. 489. À noter que le juge aurait par ailleurs tendance à céder sa place à des *experts* dans le règlement des conflits : donc non seulement la loi n'exprime plus le droit, mais le juge n'est plus nécessairement un juriste. Voir *Id.*, p. 490.

<sup>193</sup> *Id.*, p. 495.

<sup>194</sup> *Id.*, p. 504.

<sup>195</sup> *Id.*, p. 503.

<sup>196</sup> « Notre époque est à la dispersion, sans principe unificateur. Époque du particularisme des particularités, époque, donc, où, comme l'avait bien vu Kelsen, le droit ne peut plus se soutenir que de sa propre positivité, où le droit positif est à lui-même la condition de son objectivité. L'expérience juridique qui est la nôtre est telle que la question des fondements du droit n'a plus de sens, telle que l'objectivité du droit est à prendre comme une supposition. De cela nous ne décidons pas : cela condamne toute tentative de restauration d'un droit naturel et nous force à adopter une attitude de strict positivisme ». Voir *Id.*, p. 41-42. L'attitude d'Ewald ne se résume toutefois pas au positivisme : il optera pour un positivisme *critique*, soit une position qui cherche sans cesse à déterminer les conditions d'objectivité d'un jugement, les conditions qui font de la contrainte un droit dans la société. Voir *Id.* Pour lui : « le droit n'existe pas ; ce que l'on appelle "droit" est une catégorie de la pensée qui ne désigne aucune essence, mais sert à qualifier certaines pratiques : pratiques normatives, pratiques de la contrainte et de la sanction sociale sans doute, pratique politique certainement, pratique de la rationalité aussi. Celles-ci peuvent être très différentes les unes des autres ; le droit est tout entier, sans reste, en chacune d'elles, sans qu'il y ait à supposer nulle part la permanence d'une essence. Nous revendiquons un positivisme radical. Plus radical encore que celui de Kelsen parce que nominaliste. [...] Parler d'expérience juridique, c'est donc s'interdire de faire du droit une essence, une idée, quelque chose d'autre que ce qui est réfléchi comme tel au sein d'une expérience juridique. C'est à savoir qu'à parler de droit en général, on ne parle de rien d'existant, c'est reconnaître qu'il n'y a pas de sens à prétendre dire la vérité sur le droit, tout discours sur le droit appartenant à une expérience juridique et devant se situer par rapport à elle ». Voir *Id.*, p. 30-32.

extérieure. Des limites devaient toutefois limiter et encadrer l'évolution du droit qui, dans sa conception positiviste, ne pouvait tout de même pas évoluer de manière purement discrétionnaire.

Les principes généraux de droit représentaient ces gardes qui viendraient limiter le pouvoir législatif dont l'État disposait<sup>197</sup>. Les principes généraux du droit seraient des règles de jugement non écrites découvertes par les juges qui exprimeraient un droit *objectif* par opposition aux droits *subjectifs*. L'application des principes généraux de droit impliquait que les pouvoirs traditionnellement attribués au législateur et au juge soient en quelque sorte redistribués, le juge ayant désormais des pouvoirs presque quasi législatifs. Le politique investissait incidemment la sphère du jugement juridique, où le juge était appelé à cristalliser une transaction entre la société et elle-même, par rapport à ses valeurs, les principes généraux du droit concrétisant cette opération<sup>198</sup>. En outre, selon Ewald :

Les principes généraux maintenant divisent plus qu'ils n'unissent ; ils n'ont pas plus d'extension qu'une famille juridique, et encore leur ère « naturelle » est-elle plutôt nationale. Ils sont la forme de notre identité juridique, notre manière d'en prendre conscience. Ils en ont la précarité, la fragilité. Ils expriment ce que nous avons à défendre par rapport aux autres dans un monde de pure relativité. Nous sommes à l'époque des principes généraux du droit, parce que, selon une étrange révolution, nous avons découvert que l'État de droit ne peut plus être pour nous le modèle rêvé à l'âge classique et institutionnalisé à sa fin, mais qu'il est à nouveau pour nous un idéal, une idée régulatrice, qu'il est perpétuellement, incessamment à construire et à réaliser.<sup>199</sup>

Les principes généraux du droit étaient encore une fois une notion juridique qui perpétuait l'autoréférentialité de la société et qui, incitant à une quête sans fin du droit, renouvelaient le questionnement relativement à ce qu'était vraiment *le* droit.

Tout bien pesé, il était à tout le moins possible de constater que le droit mettait en jeu des fictions<sup>200</sup> qui servaient, en définitive, au politique :

Qu'il puisse en être ainsi ne devrait pas surprendre le juriste qui sait que son art, lequel, comme le nom l'indique, manie des artifices, se révèle le mieux dans l'utilisation des fictions. Parler de responsabilité pour faute n'est pas moins de l'ordre de la fiction que de parler de responsabilité pour risque, catégorie qui, elle, relève immédiatement et sans contestation possible de la fiction. À plus d'un titre : parce que, comme on l'a vu, il n'existe pas de risque *dans* la réalité, et parce qu'il n'y a pas de risque sans assurance [...].<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 508-509.

<sup>198</sup> *Id.*, p. 508-511.

<sup>199</sup> *Id.*, p. 513.

<sup>200</sup> Voir notamment C. BOURRIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger, et le fictionalisme*, Paris, Cerf, 2013.

<sup>201</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 525.

L'incompatibilité entre la responsabilité civile et l'assurance résultait plus de la manière dont l'assurance était inscrite dans le programme politique que de ses impératifs pratiques<sup>202</sup>. L'objectif avait toujours été le même : celui d'atteindre la sécurité. Les libéraux avaient privilégié la responsabilité, et le contrat social qui assujettissait l'individu à l'État ; « [n]ous n'avons plus besoin d'une telle fiction : notre besoin de sécurité épouse aujourd'hui le tissu de nos obligations d'assurances, sociales et autres. Nous sommes tous des risques pour les autres; le risque est la forme moderne du lien social »<sup>203</sup>. Une posture qui se heurtait à un paradoxe : alors que cette rationalité propre à l'assurance, fondée sur l'idée de mutualité, portait en elle une réflexion sur la disconvenance des mécanismes juridiques de responsabilité civile fondés sur la faute, l'essor du marché de l'assurance concernant les risques civils demeurait substantiellement lié au droit de la responsabilité. L'assurance permettait aux juges d'accorder des sommes de plus en plus importantes aux victimes sans craindre que le versement de celles-ci ne devienne illusoire pour cause d'insolvabilité<sup>204</sup>. Une *spirale inflationniste* se dessinait : les assureurs s'abreuvant de la sévérité des juges afin de développer le marché d'assurance-responsabilité, et les tribunaux pouvant accroître les indemnités accordées dans les jugements en responsabilité<sup>205</sup>. Ainsi, « [p]ar le biais de l'assurance, l'économie de la responsabilité passe d'une logique de la moralité à une logique purement économique »<sup>206</sup>. La protection de la liberté, qui se faisait via la responsabilité à l'ère du libéralisme, était désormais assumée par l'assurance, avec toutes les limites que cela imposait. Dans la mesure où les coûts étaient supportés par la communauté, donc dans la limite de l'assurabilité, l'assurance permettait une liberté qui se voulait totale<sup>207</sup>, permettant au projet de l'industrialisation de se poursuivre. Or, nous savons aujourd'hui que cette illusion de liberté était loin d'être concrète, la publicisation du droit n'étant qu'un exemple,

---

<sup>202</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 526.

<sup>203</sup> *Id.*, p. 528.

<sup>204</sup> *Id.*, p. 391-392.

<sup>205</sup> L'expression « spirale inflationniste » est empruntée au professeur A. Bélanger. Voir également J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 16-17.

<sup>206</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 392. Selon lui, cela a pour conséquence de rendre fictive les catégories juridiques, et notamment la *faute*, et donc de pervertir le droit, qui devrait véhiculer une *morale sociale* plutôt qu'une règle économique ; par ailleurs, il voit le tournant vers une régulation sociale qui serait essentiellement économique comme étant fortement symbolisé par l'assurantialisation des sociétés. *Id.*, p. 392-393. « Et l'économie verrait enfin son rôle social véritable reconnu : constituer le lien social d'une société radicalement laïcisée ». *Id.*, p. 394.

<sup>207</sup> *Id.*, p. 395.

ni sans conséquence, l'industrialisation ayant mené à des risques d'une toute nouvelle ampleur.

L'accident avait par ailleurs scindé deux composantes, deux fonctions qui avaient autrefois été réunies dans la pratique juridique de la responsabilité : la sanction et la réparation<sup>208</sup>. De plus, l'erreur était de plus en plus reconnue juridiquement et se distinguait de la faute dans la manière de réfléchir la responsabilité<sup>209</sup>; se posait alors la question de savoir comment et qui devait supporter la charge des dommages<sup>210</sup>. À ce titre, la notion d'équilibre dans les pratiques judiciaires semblait offrir un terrain propice à une nouvelle règle de jugement qui s'opposait à celle de la faute<sup>211</sup>. En effet, l'assurance responsabilité avait introduit un double déséquilibre : au niveau judiciaire, c'était l'assureur qui prenait les dommages à sa charge à la place de son auteur; et au niveau des effets du jugement, dans l'éventualité d'un partage de responsabilité, la victime devait assumer concrètement sa part, tandis que les frais réellement encourus par l'auteur se résumaient à sa prime d'assurance, le reste étant déboursé par l'assureur<sup>212</sup>. La répartition de la charge des dommages nécessitait que le jugement intègre une projection des effets qu'il induisait socialement, et c'est au moyen de la mise en risque que le déséquilibre pouvait être évité, au moyen de l'assurance<sup>213</sup>. Le contrat social de solidarité trouvait de la sorte application dans la manière même de poser les jugements de responsabilité :

[...] l'idée d'un droit de l'accident suppose que l'on rende l'assurance obligatoire, puisqu'elle est l'expression de l'obligation contractuelle de solidarité. La série *équilibre* (ou réparation), *contrat* (ou solidarité) et *assurance* (et risque) en vient ainsi à se substituer à la série *faute*, *délit* (et quasi-délit) et *procès judiciaire* dans l'administration de la responsabilité.<sup>214</sup>

---

<sup>208</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 441.

<sup>209</sup> À cet égard, pensons à l'émergence des régimes de responsabilité sans faute. Il ne faudrait toutefois pas confondre les notions de faute et d'erreur, cette dernière pouvant être fautive ou non. Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 167.

<sup>210</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 445.

<sup>211</sup> « Ce qui s'oppose à la notion de faute, ce n'est donc pas celle de risque, mais celle d'*équilibre* qui renvoie, quant à elle, à une autre *règle de jugement*. Il faut comprendre l'opposition de la faute et du risque comme indice d'une transformation dans la règle sociale de jugement, beaucoup plus que comme une multiplication des causes de responsabilité ». Voir *Id.*, p. 448.

<sup>212</sup> *Id.*, p. 447.

<sup>213</sup> « La notion assurantielle de risque, elle-même principe de répartition des charges, est la catégorie qui sert à exprimer cette nouvelle conception de la justice. Pas d'équilibre sans risque. Et c'est au sein de cette conception d'un équilibre social à maintenir que la notion de risque prend son véritable sens juridique ». Voir *Id.*, p. 448.

<sup>214</sup> *Id.*, p. 449.

La législation contemporaine fait toujours foi de cette mutation s'étant produite au niveau de la rationalité politique, et des différentes technologies mises en œuvre à des fins de sécurité sociale des individus. Elle reflète ainsi l'évolution d'une rationalité politique libérale vers une société assurantielle, et plus généralement le passage d'un droit civil à un droit social<sup>215</sup>. Ce phénomène a des répercussions en matière d'assurances. L'on pourrait même dire que la rationalité afférente au droit social, qui s'est lui-même développé avec l'*assurantialisation* de la société, a eu un impact direct sur le droit des assurances. L'influence réciproque entre la pratique de l'assurance et la législation développée selon un imaginaire assurantiel ou de droit social permet d'ailleurs de mieux situer la limite de l'assurance.

Dans l'analyse qui suivra, nous présenterons quelques considérations par rapport à la technologie de l'assurance, au contrat d'assurance, aux techniques assurantielles et à l'encadrement des pratiques assurantielles. L'exercice permettra de vérifier où se situe la limite de l'assurance privée en pratique, et dans quelle mesure le droit des assurances l'influence et y réagit.

## **B. L'assurance privée**

Les dommages qui peuvent se rattacher aux risques contemporains sont susceptibles de toucher autant les individus eux-mêmes et leurs biens, que leur environnement. En conséquence, c'est essentiellement l'assurance terrestre qui sera concernée, avec d'une part l'assurance de dommages, qui couvre les atteintes au patrimoine de l'assuré, et qui comprend l'assurance des biens et l'assurance de responsabilité<sup>216</sup>, et d'autre part,

---

<sup>215</sup> « Notre société moderne supporte mal qu'il existe encore au 21<sup>e</sup> siècle des "accidents" au sens traditionnel du mot et a donc tendance [...] à toujours rechercher un responsable pour assumer les conséquences économiques de ceux-ci. Il est donc prévisible, si cette tendance continue à prendre racine, [...] [que] notre système juridique progressivement s'oriente vers un système garantissant à la victime une forme quelconque de compensation et passe ainsi du droit de la responsabilité à un "droit des accidents" fondé sur une sorte d'assurance de la sécurité ou encore d'un droit à la sûreté ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 68-69.

<sup>216</sup> C.c.Q., art. 2395-2396. Par exemple, pensons à des citoyens qui verraient leur habitation et biens personnels détruits lors d'un sinistre : leur propre assurance de dommages ainsi que l'assurance de responsabilité de l'entreprise dont les activités auraient généré le sinistre, le cas échéant, pourraient être

l'assurance de personnes, qui s'intéresse plus précisément à la vie, l'intégrité physique ou la santé de l'assuré<sup>217</sup>. Avant d'aborder le cadre juridique s'appliquant aux contrats d'assurance qui peuvent être conclus en ce sens (II) et les techniques financières permettant de s'adapter à la nature des risques contemporains (III), une présentation générale de l'assurance établira des bases communes pour poursuivre l'analyse (I).

## **I. Considérations préliminaires sur l'assurance**

La familiarité que l'on peut ressentir envers le concept de l'assurance est certainement accentuée par son omniprésence dans l'expérience du quotidien (assurance vie, assurance maladie, assurance habitation, assurance auto, assurance dentaire, assurance bancaire, etc.). Qu'elle soit légalement imposée ou volontairement souscrite, l'assurance demeure relativement méconnue du profane. Un survol de la technique traditionnelle d'assurance (a), du champ sémantique de la notion d'assurance au-delà de la technique (b) et des origines de l'assurance (c) démystifiera sommairement de quoi il s'agit.

### **a. La technique traditionnelle d'assurance**

L'assurance permet d'offrir une somme forfaitaire, une indemnité relative pour atténuer la perte subie par un individu suite à un accident<sup>218</sup>. Les deux concepts clés sur lesquels repose la pratique de l'assurance sont le risque, compris comme étant la perspective d'une perte future, et la probabilité, soit l'« estimation de la fréquence de survenance

---

impliquées, sous réserve de l'article 2486 C.c.Q. concernant les incendies en certaines circonstances (explosion nucléaire, etc.).

<sup>217</sup> C.c.Q., art. 2392. Par exemple, les assurances de personnes pourraient être visées dans le cas d'une catastrophe terroriste.

<sup>218</sup> Le régime de responsabilité civile vise la réparation du préjudice de l'individu, en accordant des dommages équivalant à la perte qu'il subit et au gain dont il est privé (C.c.Q., art. 1611). Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 408 et suiv. L'assurance, de son côté, ne prend pas appui sur un principe de réparation intégrale du préjudice : « la somme que l'assureur devra verser ne correspondra pas nécessairement à la perte économique réellement subie : il s'agit d'une somme forfaitaire ». Voir D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 420-421. L'assurance est donc généralement *compensatoire*, hormi certaines formes telle l'assurance maladie et l'assurance accidents. Voir *Id.* Mais si la réparation n'est pas intégrale, le versement de la prestation d'assurance est certain. Au contraire, le recouvrement des dommages accordés à la victime aux termes d'un procès en responsabilité peut être limité par les capacités financières limitées du responsable. Il faudra également y soustraire les divers coûts engendrés par le procès.

d'événements de ce type par rapport au nombre de situations susceptibles de leur donner naissance »<sup>219</sup>. L'accident n'est pas encore advenu au moment d'offrir l'assurance, mais ne demeure qu'une éventualité future, plus ou moins probable : c'est le *risque* que cet accident survienne qui fait l'objet de l'assurance<sup>220</sup>. Les risques ne sont toutefois pas tous assurables et doivent généralement présenter certaines caractéristiques de base.

Si l'assurance existait antérieurement à l'actuariat, la science des probabilités deviendra centrale dans son développement<sup>221</sup>. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, c'étaient tous les événements susceptibles d'être traités selon le modèle de la technologie assurantielle qui étaient *ipso facto* enclins à faire l'objet d'une couverture d'assurance<sup>222</sup> : ils étaient mis en risques. Les impératifs de l'assurabilité voulaient traditionnellement que le risque affiche certaines caractéristiques : il devait être *calculable*, *collectif* et *capital*<sup>223</sup>. *Calculable*, en ce que la notion de risque était ici circonscrite à des dangers réels dont la récurrence était mesurable : les dangers potentiels ou aléatoires étaient objectivés, traduits en termes de probabilités et codifiés par l'assureur au moyen de techniques statistiques et de calculs actuariels. Conséquemment, l'assureur était apte à déterminer à l'avance les pertes qu'il aurait à essuyer<sup>224</sup>. *Collectif*, puisqu'il était nécessairement calculé dans le contexte d'une population ou d'un groupe exposés au risque. C'était la probabilité de risque propre à un individu par rapport à la collectivité qui était évaluée. Le risque qui pouvait être mesuré dans un groupe était « globalement éliminable »<sup>225</sup>. *Capital*, parce que son appréciation mathématique permettait en outre de calculer la valeur du dédommagement qui serait proposé et d'établir la prime d'assurance en conséquence du risque représenté par un individu, le risque étant de ce fait monnayé. Lorsque le risque était couvert, ce qui ne

---

<sup>219</sup> J. BARROUX et R. DESSAL, *L'assurance*, Que-sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 24. De l'analyse qui précède et qui suivra, nous comprenons toutefois que les principaux éléments qui importent à l'assurance et sur lesquels elle repose peuvent être multiples. Le risque et la probabilité – ou évaluation – du risque nous semblent toutefois être effectivement à la base de la *pratique* assurantielle, à distinguer du *contrat* assurantiel.

<sup>220</sup> « Cela caractérise le risque : son actualité est dans son éventualité. Le risque est présent dans son absence même. Il est partout et nul part ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 362.

<sup>221</sup> *Id.*, p. 181.

<sup>222</sup> *Id.*, p. 174.

<sup>223</sup> Voir *Id.*, p. 175, et notamment A. NOVEMBER et V. NOVEMBER, préc., note 70, par. 5-8 et P. PERETTI-WATEL, *La société du risque*, Paris, La Découverte, 2010, p. 20.

<sup>224</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Paris, Gallimard, 2002, p. 366.

<sup>225</sup> *Id.* Godard reprend ici les propos de l'économiste Maurice Allais.

signifiait pas qu'il disparaissait, il était *pris en charge* par l'assureur. Cela impliquait que l'assurance modifie la relation de l'individu par rapport au risque.

L'assurance était donc « un mode de traitement spécifique de certains événements qui peuvent advenir à un groupe d'individus, ou plus exactement à des valeurs ou des capitaux possédés ou représentés par une collectivité d'individus, c'est-à-dire une population »<sup>226</sup>. Pour ce faire, elle venait opérer un *transfert de risque* : le risque normalement encouru par le preneur reposait, par l'effet du contrat, sur les épaules de l'assureur<sup>227</sup>, mais indirectement sur l'ensemble des assurés<sup>228</sup>. C'était par l'effet de ce jeu de rôle que l'assuré recouvrait sa sérénité patrimoniale<sup>229</sup>. Ainsi, à mesure que s'installerait l'assurance, la société, solidaire, acquiesçant une « nouvelle » richesse, l'industrie poursuivrait sa croissance avec confiance<sup>230</sup>. Cette pratique assurantielle, à laquelle l'on référera presque par réflexe lorsqu'il est question d'assurance, ne suffit toutefois pas à comprendre en quoi consiste la notion dans son sens large.

## **b. L'assurance au-delà de la technique**

Aborder le concept de l'assurance est une navigation sémantique qui pointe dans plusieurs directions. Ewald distingue quatre catégories distinctes concernant le sens de la notion. Tout d'abord se trouvent les *institutions* d'assurance, ou *les assurances*, qui ont chacune leur

---

<sup>226</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 173.

<sup>227</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 222, p. 378.

<sup>228</sup> « L'assurance est la compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique [...]. Elle n'élimine pas le hasard, comme on l'a dit à tort, mais elle lui assigne sa part, elle ne fait pas disparaître la perte, mais elle fait que la perte n'est pas sentie parce qu'elle est partagée. Elle modifie l'incidence de la perte qui de l'individu passe à la communauté. Elle substitue le rapport d'étendue au rapport d'intensité ». Voir A. CHAUFFON, *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, t. 2, Paris, Chevalier-Marescq, 1884, p. 216, dans F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 179. Ewald ajoute à cette définition que l'assurance pose une règle de *justice* qui est fixée par le groupe. *Id.*

<sup>229</sup> À cet égard, l'*aversion pour le risque*, soit la peur que l'événement auquel il réfère se produise, est un élément central en assurance. En effet, plus les acteurs démontrent une grande aversion, plus ils auraient tendance à se protéger contre les dommages futurs, notamment en contractant une assurance. Voir L. ECKHOUDT et S. SPAETER, « La dictature des 3P : Prévention, Prudence, Précaution », (2013) 81(1-2) *Assurance et gestion des risques* 59, 66. Ainsi, le preneur *riscofobe* acquiescera plus facilement de payer une prime élevée si sa crainte est élevée. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 377. Selon lui, tous les acteurs économiques n'auraient pas le même degré de crainte pour un même risque.

<sup>230</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 181.



propre objet et propre forme, n'obéissent pas nécessairement au même régime juridique, ni ne ciblent la même variété d'assurés<sup>231</sup>. Alors que l'ensemble de ces institutions peut sembler hétéroclite, elles se rejoignent en ce qu'elles ont recours à la *technologie du risque* afin de proposer leurs couvertures. Enfin, c'est en tant que *forme* particulière d'application de cette technologie que les institutions d'assurance s'établissent, en fonction de l'*imaginaire assurantiel* en vigueur, lequel peut être modulé dans le temps, l'espace et selon les circonstances sociales. Ces quelques composantes de l'assurance en font une notion qui n'est pas imperméable à l'évolution :

Il est clair que l'articulation de ces catégories – *technologie, institutions, forme, imaginaire* – propose un mode de description logique de l'assurance et ne correspond pas au processus historique de constitution des assurances, maritimes ou terrestres. La technologie de l'assurance, la science actuarielle n'est pas tombée du ciel mathématique pour s'incarner dans des institutions. Elle s'est elle-même lentement dégagée des pratiques multiples qu'elle a servi à infléchir et à rationaliser. Elle en est plus l'effet que la cause. Et l'on aurait tort de la croire définitivement constituée. La pratique de l'assurance dans des conjonctures économiques, morales et politiques toujours nouvelles ne cesse de réformer sa propre technique.<sup>232</sup>

Fondamentalement, la technologie de l'assurance n'a pas de caractère intrinsèquement juridique<sup>233</sup>. La fonction de l'assurance peut d'ailleurs varier selon le contexte dans lequel on l'analyse.

Les dimensions plurielles de l'assurance en font une technologie dont l'action se fait ressentir dans divers champs. Effectivement, selon la description qu'en fait Ewald, la rationalité assurantielle se matérialise en tant que : technologie *économique* et *financière*, en ce qu'elle implique l'idée de spéculation et de profit; technologie *morale*, parce qu'elle participe à une attitude de prévoyance ; et enfin, en tant que technologie de *réparation* et d'*indemnisation* des dommages, puisqu'elle fixe des règles selon lesquelles la collectivité

---

<sup>231</sup> L'auteur distingue notamment les « compagnies privées, nationalisées, assurances sociales, mutuelles, compagnies à primes, assurance-vie ou contre les accidents, incendie, assurance responsabilité... ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 171.

<sup>232</sup> *Id.*, p. 172. Le soulignement est un ajout.

<sup>233</sup> L'assurance viendrait cependant concurrencer directement les pratiques juridiques : « [...] l'assurance est une pratique de même niveau que le droit, qui, comme le droit de la responsabilité, a comme objet la réparation et l'indemnisation des dommages. Assurance et droit sont deux pratiques de la responsabilité qui procèdent selon des catégories, une économie, un régime hétérogène ; comme telles, elles sont exclusives dans leur prétention à la totalité. Fameux conflit du *risque* et de la *faute*, qui, depuis bientôt deux siècles, alimente le débat sur la responsabilité civile ». Voir *Id.*, p. 175.

prend en charge les risques<sup>234</sup>. C'est ce dernier point, concernant le rôle de l'assurance afin d'indemniser et de réparer des dommages, qui en fait une technologie d'*administration de la justice* et, ce faisant, une technologie *politique*<sup>235</sup>. Il semble en outre important de souligner qu'Ewald considère que le droit de la responsabilité – et non le principe de responsabilité – et l'assurance ne sont pas non plus des *politiques*, mais bien des *technologies* auxquelles l'État pourra avoir recours afin de véhiculer les siennes<sup>236</sup>.

Au départ, la reprise de la technologie de l'assurance par le politique a un objectif purement social, et représenterait un moyen par lequel on pourrait espérer que la société soit résolument impliquée dans la gestion des risques découlant de l'industrialisation : « [l]'assurance permet de rêver une justice contractuelle où l'ordre des conventions se substituerait à l'ordre naturel. Idéal d'une société où serait fixée, selon la logique d'un contrat social non plus mythique mais bien réel, la part de chacun dans les avantages et les charges sociales »<sup>237</sup>.

De fil en aiguille, le secteur privé viendrait toutefois jouer sur le même terrain en brandissant le rôle social de ses activités afin de conquérir légitimement le marché qui se développait<sup>238</sup>, jusqu'à ce que les deux formes, publique et privée, en viennent en quelque sorte à s'opposer<sup>239</sup>. À cet égard, il est pertinent de remonter aux premières formes

---

<sup>234</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 180.

<sup>235</sup> *Id.* La technologie du risque engendre, dit Ewald, une nouvelle règle de justice selon laquelle le juste n'est plus issu de la nature, relativement à laquelle l'individu responsable devait faire acte de prévoyance, mais découle des règles que la société se fixe elle-même à travers l'assurance. Voir *Id.*, p. 179.

<sup>236</sup> *Id.*, p. 175.

<sup>237</sup> *Id.*, p. 180.

<sup>238</sup> *Id.*, p. 195. « Le programme de l'assurance se réaliserait sous deux grandes formes : sous sa forme populaire, elle aurait ses propres institutions, sa législation et une légitimité immédiate ; sous sa forme marchande, elle resterait longtemps suspecte de n'être qu'une occasion de spéculation plutôt qu'une véritable institution de sécurité, seule la forme de la mutualité lui permettant de se laver d'un si grave reproche ». Voir *Id.*, p. 202.

<sup>239</sup> Selon Ewald, bien que les techniques de l'assurance privée et de l'assurance sociale puissent différer, il n'est pas d'avis qu'il faille les mettre radicalement en opposition, d'une part à cause de leur utilisation de la mutualisation des risques, et d'autre part parce que le point marquant dans l'évolution de l'assurance est le fait que la responsabilité se trouve indexée aux mécanismes assurantiels afin de réparer les dommages, et ce peu importe que l'assureur soit privé ou public. Voir *Id.*, p. 390. Dans un texte ultérieur, Ewald indique, plus justement à notre avis, que cette opposition ne devrait pas être trop radicale parce que ces deux modes de gestion découleraient de politiques publiques encourageant l'assurantialisation, peu importe l'institution. Voir F. EWALD, « La société assurancielle et son avenir », (2009) 157 *Le Débat* 88, 89. Il ira même jusqu'à prétendre « qu'il n'est pas déraisonnable de penser que, dans un avenir qui n'est peut-être pas si lointain, l'opposition doctrinale entre Sécurité sociale et assurance tombera ». Voir *Id.*, 90. Par ailleurs, Ewald va

d'assurance qui ont précédé la reprise de cette technologie dans le cadre du diagramme d'une politique qui succéderait à la politique libérale.

### **c. Les origines de l'assurance**

La genèse de l'assurance conduit à distinguer deux traditions distinctes qui ont marqué son essor : l'une concerne des mécanismes visant à assurer un système de secours dans une communauté ; l'autre offre plutôt des solutions afin d'envisager certains risques dans le cadre de relations commerciales<sup>240</sup>. La philosophie qui leur est propre revêt un caractère fondamentalement dichotomique, qu'il est intéressant d'explorer afin de mettre en perspective la pratique assurantielle contemporaine.

La première forme, que l'on qualifiera d'assurance « alpine », a notamment pris naissance dans des communautés situées dans les Alpes<sup>241</sup>. La contribution financière de chaque citoyen de la communauté était sollicitée avant même qu'un risque ne se concrétise. Ceci permettait de déployer des sommes importantes le cas échéant, sommes qui auraient autrement été au-delà de la capacité financière d'un ou de quelques particuliers. Les systèmes assurantiels développés comprenaient notamment des associations professionnelles, des syndicats, des mouvements mutualistes<sup>242</sup>. Sur la base de cette idée de secours *mutuel*, impliquant que tout un chacun supporte les risques à parts égales, sans égard au risque qu'ils représentent individuellement, se crée une assurance dont la clé est

---

également remettre en doute que l'assurance doive être perçue comme un mécanisme de mutualisation, constatant qu'il s'agit de plus en plus d'une manière d'accéder à des biens et services. Voir *Id.*, 95-96. Nous avons tout de même choisi de conserver cette distinction entre privé et public, qui est pertinente dans la démonstration de notre hypothèse, puisque la limite de l'assurance dont parle Beck semble justement se trouver au point de rencontre entre l'assurance privée et la prise en charge publique, et que le jeu entre les acteurs permet de faire ressortir comment s'articule le rôle socio-juridique de l'assurance. Dans le même sens, A. Supiot se penche également sur l'inclusion de l'assurance privée et publique dans le concept de société assurantielle d'Ewald, ce qui « conduit ainsi à affirmer l'équivalence fonctionnelle de l'assurance sociale et de l'assurance privée. [...] Il n'y a alors plus qu'un pas à franchir pour décider que le choix entre l'une et l'autre doit finalement dépendre de leur coût relatif, tel qu'il s'exprime sur le marché », ce à quoi l'auteur ne semble pas favorable. Voir A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 151-152.

<sup>240</sup> M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », dans F. EWALD et J.-H. LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 3.

<sup>241</sup> Ce type d'assurance se développe également dans des communautés ouvrières britanniques. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et É. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 362.

<sup>242</sup> M. ALBERT, préc., note 240, p. 6.

nécessairement la *solidarité*<sup>243</sup>.

Dans un contexte radicalement différent, la deuxième origine de l'assurance, de type « maritime », renvoyait plutôt au développement de pratiques commerciales permettant de garantir la valeur de la marchandise transportée par bateau au cas où elle ne se rendrait pas à bon port, par exemple à cause de mauvaises conditions météorologiques ou d'actes de piraterie<sup>244</sup>. Un prêt de la valeur de la cargaison était alors accordé au commerçant. En contrepartie, si le transport arrivait à destination, celui-ci s'engageait à lui remettre la somme majorée d'un important pourcentage ; le profit réalisé lors de la vente de la marchandise permettait au commerçant d'acquitter ces intérêts. Si par contre un incident survenait durant le transport en mer, le commerçant n'avait rien à rembourser au prêteur, qui devait supporter la perte ; le commerçant, doublement démuné de la cargaison pour laquelle il avait payé et du solde de vente escompté, ne se trouvait pas dans un gouffre financier et pouvait utiliser le montant prêté afin de résumer ses activités commerciales<sup>245</sup>.

En l'espèce, l'objectif derrière les mécanismes assurantiels qui se dégagent de chacune de ces traditions et le lien social par lequel ils se justifient proposent une perspective nouvelle sur notre problématique. M. Albert présente la distinction entre les traditions alpine et maritime ainsi : « elle [l'assurance maritime] a moins pour souci la sécurité [ce qui est propre à l'assurance alpine] qu'une gestion spéculative et performante des risques. Il n'est pas question ici de redistribution ni de solidarité, mais d'apprécier au plus juste la probabilité de risque de chacun »<sup>246</sup>. Bref, deux couples s'opposent selon lui dans la pratique assurantielle : *sécurité et solidarité*, contre *profit et probabilité*<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> M. ALBERT, préc., note 240, préc., note 238, p. 6. L'idée de mutualiser les ressources financières au sein d'une communauté n'est toutefois pas nouvelle. Par exemple, des communautés égyptiennes y auraient eu recours plusieurs siècles avant Jésus-Christ afin de supporter les frais de rites funéraires. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 222, p. 362.

<sup>244</sup> *Id.*, p. 363.

<sup>245</sup> Ce type de pratique commerciale est connu sous le nom de *prêt à la grosse aventure*. Voir notamment *Id.*, p. 364-366.

<sup>246</sup> M. ALBERT, préc., note 240, p. 6.

<sup>247</sup> Pour Faure et Hartlief, la distinction entre le système privé et public d'assurance tient à ce que ce dernier institue une solidarité entre les risques, bons et moins bons, plutôt que d'opérer une différenciation de ceux-ci, et établira généralement la prime en fonction du revenu et non de la part de risque représenté par l'assuré. Voir M. G. FAURE et T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, Paris, Organisation de

L'articulation entre le droit applicable au contrat d'assurance, les techniques financières propres à l'assurance des risques contemporains et la législation qui l'encadre permettent en outre de mettre en lumière que le rôle social de l'assurance, bien qu'il puisse être inscrit dans les programmes politiques mis en place par l'État, n'est pas intégré par l'assurance privée dans la gestion des risques contemporains – l'a-t-il déjà réellement été – ? Or, nous verrons justement que cette dichotomie au niveau des objectifs des premières formes d'assurance n'est pas tout à fait désuète dans l'analyse du contrat d'assurance, lequel se voudrait toujours un vecteur de solidarité, mais est à la fois un objet économique.

## II. Contrat d'assurance

Le droit applicable au *contrat d'assurance*<sup>248</sup> doit être distingué du régime qui encadre la *pratique* de l'assurance. D'un côté se trouvent des dispositions spécifiques au contrat d'assurance prévues au Code civil<sup>249</sup>, et s'appliqueront subsidiairement les dispositions concernant les obligations en général<sup>250</sup>. Quant au cadre législatif imposé en matière d'assurance<sup>251</sup>, il concerne plutôt l'assurance au plan des pratiques des acteurs visés par ces lois et qui fournissent des produits d'assurance, et non au plan strictement contractuel. En ce sens, un acteur peut être *assureur* en vertu des dispositions du Code civil, si le contrat auquel il est partie correspond à la définition de l'article 2389 C.c.Q., sans toutefois être

---

coopération et de développement économique, 2003, p. 215. Les auteurs soulignent toutefois que le fonctionnement des divers systèmes d'assurances étatiques diffère d'un pays à l'autre.

<sup>248</sup> Nous nous limiterons à brosser un portrait à très grands traits étant donné qu'il ne s'agit pas de proposer un texte de nature doctrinale au sujet du droit des assurances, mais plutôt de nourrir notre propos de l'état du droit positif. Pour une analyse plus exhaustive du droit des assurances, nous référons le lecteur aux ouvrages de doctrine, notamment : D. LLUELLES, préc., note 218 ; S. LANCTÔT et P. A. MELANÇON (dir.), *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Markham, LexisNexis, 2008 ; J.-G. BERGERON et N. RAYNEAULT, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Édition Revue du droit Université de Sherbrooke, 1996.

<sup>249</sup> Le contrat d'assurance, figurant parmi les contrats nommés du Code civil, répond à un régime particulier. Voir C.c.Q., art. 2389-2628. Certaines dispositions sont spécifiques à l'assurance dommages en général (2463-2479.1), à l'assurance de biens (C.c.Q., art. 2480-2497), à l'assurance de responsabilité (C.c.Q., art. 2498-2504) et à l'assurance de personne (C.c.Q., art. 2415-2462). Rappelons qu'en tous les cas, le régime général applicable en matière d'obligations contractuelles vient compléter le régime particulier au contrat d'assurance (C.c.Q., art. 1377).

<sup>250</sup> C.c.Q., art. 1377.

<sup>251</sup> Notamment par la *Loi sur les assurances* (R.L.R.Q., chapitre A-32), la *Loi sur l'assurance automobile* (R.L.R.Q., chapitre A-25), la *Loi sur les sociétés d'assurance* (L.C. 1991, c. 47) ainsi que la *Loi sur la distribution des produits et services financiers* (R.L.R.Q., chapitre D-9.2).

reconnu comme *assureur* au sens de la *Loi sur les assurances*, tout comme il est possible qu'un assureur au sens de cette loi conclue des contrats d'une nature autre que d'assurance<sup>252</sup>. Cette différenciation entre le régime applicable à la relation contractuelle entre les parties au contrat d'assurance et le régime qui viendra fixer les balises de l'activité économique dans laquelle gravitent les assureurs revêt une importance certaine aux fins de notre analyse ; nous y reviendrons plus loin.

L'opération d'assurance nécessite la conclusion d'un *contrat* entre l'assureur et le preneur<sup>253</sup>. Le contrat d'assurance est celui par lequel un assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise<sup>254</sup>. Il faut d'emblée spécifier qu'en matière d'assurance, le consensualisme fait encore aujourd'hui figure de proue dans la formation du contrat<sup>255</sup>. Pourtant, lorsque le contenu de la couverture d'assurance ne fait pas l'objet de négociations, ce qui est généralement le cas, il s'agira d'un contrat d'adhésion<sup>256</sup>. La liberté contractuelle des parties au contrat d'assurance est pour ainsi dire illusoire<sup>257</sup>, et est notamment limitée

---

<sup>252</sup> Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 27-28. Celui-ci donne l'exemple d'un commerçant qui offre des garanties additionnelles et qui n'aurait pas à se conformer à la *Loi sur les assurances*, alors que le contrat aurait toutes les caractéristiques du contrat d'assurance. Il réfère également à des assureurs qui se conforment à la *Loi sur les assurances* et qui concluent des contrats qui ne correspondent pas au contrat d'assurance, et pour lesquels il faudra se référer au régime juridique qui leur est applicable. Voir *Id.*

<sup>253</sup> Le *preneur*, qui « est la personne qui contracte l'assurance », doit être distingué de l'*assuré*, soit « la personne qui fait l'objet du contrat d'assurance », et du *bénéficiaire*, qui est celle « qui recevra l'indemnité si le risque assuré se réalise ». Voir J.-F. LAMOUREUX, « Le droit des assurances », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau, vol. 6, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 88. Bien qu'une même personne puisse incarner tous ces rôles, il arrive que ce ne soit pas le cas. Par exemple, le bénéficiaire d'une assurance dommages pourrait être le créancier de l'assuré. Voir *Id.*

<sup>254</sup> C.c.Q., art. 2389.

<sup>255</sup> C.c.Q., art 1385 et 2398. Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 87. Selon lui, l'étendue du contrat peut dépasser ce qui est indiqué dans la police et être reconnue par les tribunaux. La police demeure néanmoins le document qui constate l'*existence* du contrat d'assurance. Voir C.c.Q., art. 2399.

<sup>256</sup> C.c.Q., art. 1379 ; Voir également également F. DUPRAT, « La négociation du contrat d'assurance : du plus fort au plus faible », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 306, *Développements récents en droit de l'assurance 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 44. En matière commerciale toutefois, les entreprises qui souhaitent souscrire une assurance auraient vraisemblablement plus de marge de manoeuvre. Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 89. La qualification du contrat comme en étant un d'adhésion se fera donc au cas par cas.

<sup>257</sup> « Le phénomène même du contrat nommé, dont on a pu souligner les origines reculées [l'auteur indique que le phénomène des "types individuels de contrats" était observable en droit romain], constitue, au demeurant, une entorse au principe de la liberté contractuelle ». Voir P. LEGRAND JR., préc., note 185, 874. Citant Ph. Jestaz : « Le contrat n'est plus un espace de volonté libre offert à l'esprit créateur des parties. Mais chaque contrat tend à devenir un espace de forme stricte, conçu, voire imposé par le législateur, et qui condamne ou absout, au demeurant doté autoritairement d'un équilibre artificiel ». Voir *Id.*, 875.

par des dispositions d'ordre public<sup>258</sup>. De plus, faute par les parties de prévoir certaines clauses contractuelles, des dispositions supplétives viendront pallier à leur silence au sujet de certains aspects du contrat<sup>259</sup>. Rappelons que cette *publicisation* du contrat est un des effets de la socialisation du droit, dont nous avons tracé l'évolution dans la première section. Au sujet de la prestation, selon D. Lluelles :

[...] l'essentiel de la prestation d'assurance est d'offrir une protection d'ordre pécuniaire, donc d'ordre patrimonial, qu'elle se fasse directement, par le versement d'une somme d'argent, ou indirectement, par la prise en charge des frais afférents à un travail ou à un service généralement effectué par un tiers : dans tous les cas, l'opération se solde par un décaissement de la part de l'assureur.<sup>260</sup>

La prestation n'est versée qu'en cas de réalisation d'un *risque*, ce qui pose l'exigence d'un élément aléatoire dans le contrat d'assurance ; le risque ne peut être un événement dont la réalisation serait certaine<sup>261</sup>. En contrepartie de la promesse du versement de la prestation d'assurance, le preneur<sup>262</sup> paie à l'assureur une *prime*, qui est généralement fixée selon des

---

<sup>258</sup> Les dispositions d'ordre public, dont on ne peut déroger (C.c.Q., art. 9) sont une véritable pénétration de la « sphère privée » des parties qui contractent ensemble. Voir P. LEGRAND JR., préc., note 185, 874. Par ailleurs, « [d]ans une vision classique, l'ordre public, entre autres, fait le pont entre la morale et le droit positif ; il permet de traduire en règles juridiques des valeurs qui, autrement, relèveraient uniquement de l'éthique et de la morale ». Voir J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN ET N. VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, préc., note 120, p. 157. Notons que l'ordre public peut poursuivre deux types de finalités : l'ordre public de *direction* s'assurerait que les intérêts de la société sont respectés, tandis que l'ordre public de *protection* vise plutôt à protéger l'individu dans la relation contractuelle. Voir *Id.*, p. 172 et suiv. En outre, l'ordre public peut poursuivre un objectif *politique et moral*, offrant ainsi une protection aux institutions sociales dont, selon les auteurs, l'État, la famille et l'être humain. Il peut aussi poursuivre un objectif *social et économique*, soit intervenir dans ce qui concerne les échanges économiques, ce qui serait le cas de l'ordre public entourant les assurances. Voir *Id.*, p. 168-172. Concernant l'apparition de l'ordre public en matière d'assurance, voir *Id.*, p. 174-176. Notamment concernant l'intérêt d'assurance et les droits des tiers à qui pourraient profiter une assurance de responsabilité. Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 98. Autrefois, l'intérêt légitime de l'assuré comme condition de validité du contrat d'assurance inscrivait la relation aux probabilités dans une attitude de prudence et non de spéculation, qui était interdite à certains endroits, notamment au Royaume-Uni en vertu de la *Gambling Act* de 1774. Voir A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 150-151.

<sup>259</sup> C.c.Q., art. 9.

<sup>260</sup> D. LLUELLES, préc., note 218, p. 24. Notons que la nature de la prestation peut varier : en matière d'assurance dommages, le versement d'une somme visera à réparer le préjudice subi (C.c.Q., art. 2463) ; en matière d'assurance de responsabilité, l'assureur est également tenu de prendre fait et cause et d'assurer la défense du bénéficiaire d'assurance (C.c.Q., art. 2504) ; l'assurance sur la vie garantit le paiement d'une somme convenue, au décès de l'assuré ou à un moment déterminé de son vivant (C.c.Q., art. 2393, al.1) ; la nature de la garantie de l'assurance contre la maladie ou les accidents est stipulée dans le contrat (C.c.Q., art. 2416, al.1).

<sup>261</sup> C.c.Q., art. 1382, al.2 : Le contrat est aléatoire lorsque l'étendue de l'obligation ou des avantages est incertaine. Dans le cas du contrat d'assurance, l'assureur et le preneur sont tous deux dans une incertitude relative quant à leurs gains ou pertes possibles. Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 25.

<sup>262</sup> Ce peut être le cessionnaire ou le titulaire subrogé qui acquitte la prime. Le fait que le bénéficiaire du contrat d'assurance, s'il n'est pas la même personne que le preneur, ne paie pas de prime n'en fait pas pour autant un contrat à titre gratuit. Voir *Id.*, p. 25-26. Il s'agit donc d'un contrat *onéreux*, dans lequel chaque

calculs actuariels<sup>263</sup>. Quant à la notion de risque, dans un contexte juridique, elle renvoie à « un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, spécialement celle de l'assuré »<sup>264</sup>. Les grandes caractéristiques du risque *assurable* sont d'être incertain, soit référer à un événement futur qui demeure possible, d'être indépendant de la volonté des parties et de ne pas être contraire à l'ordre public<sup>265</sup>. Le risque n'a pas besoin d'être un événement *imprévisible et irrésistible*, ce qui caractérise les cas de force majeure<sup>266</sup>. De manière générale, il n'est pas non plus nécessaire qu'il s'agisse d'un accident, soit une action au caractère « soudain, fortuit et indépendant » qui proviendrait d'une cause extérieure<sup>267</sup>.

Par ailleurs, alors que la bonne foi est un impératif dans toute relation contractuelle, et ce autant lors de l'exécution du contrat qu'avant sa conclusion, et jusqu'à l'extinction de l'obligation<sup>268</sup>, les parties au contrat d'assurance sont assujetties à une exigence encore plus élevée<sup>269</sup>. On exige qu'elles agissent avec la *plus haute bonne foi – uberrimae fidei* – l'une envers l'autre<sup>270</sup>. Cela se manifeste notamment dans l'obligation positive de renseignement

---

partie retire un *avantage* en échange de son obligation (C.c.Q., art. 1381, al.1). En ce qui concerne le contrat d'assurance, alors que l'avantage de l'assureur est clairement la réception de la prime, le preneur a l'avantage de savoir que le bénéficiaire de l'assurance recevra un montant d'argent si le risque se réalise. Il s'agit pour lui de se sentir protégé, en sécurité face au risque.

<sup>263</sup> « Malgré une ancienne décision de la Cour d'appel, il est loin d'être sûr que la nécessité de pareille adéquation équivaille à une exigence d'ordre juridique : une prime fixée arbitrairement ne cesserait pas d'être une prime au sens de l'article 2389 ». Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 26, référant à *Bédard c. Gervais*, [1933] 55 B.R. 195, 198.

<sup>264</sup> *Id.*, p. 186, citant M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. 1, « Le contrat d'assurance », 5<sup>e</sup> éd., par A. Besson, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 23, p. 35. Lluelles soulève également que le risque ne doit pas découler d'une activité qui aurait un caractère illicite, et doit par ailleurs être distingué du *sinistre*. Voir *Id.* Le caractère aléatoire du contrat d'assurance implique d'ailleurs que l'étendue des obligations ou des avantages est incertaine. Voir C.c.Q., art. 1382, al. 2. Par ailleurs, le risque serait un mot utilisé pour référer à d'autres concepts, et notamment « pour désigner la chose ou la personne, objet d'assurance » ou encore « pour désigner la valeur économique, établie à l'aide de la statistique » (le *bon* ou le *mauvais* risque). Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 185. Voir également la définition dans H. REID, préc., note 18, qui renvoie également à une définition du risque similaire.

<sup>265</sup> Voir *Id.*, p. 187-210. Au niveau de l'incertitude du risque, celle-ci peut concerner la réalisation du risque, le moment de sa réalisation ou encore l'intensité de sa réalisation. Voir *Id.*, p. 191.

<sup>266</sup> *Id.*, p. 189. Les cas de force majeure peuvent toutefois constituer des risques assurables.

<sup>267</sup> *Id.*, p. 190, référant notamment à *Corbeil c. Prévoyants du Canada, Assurance générale*, [1986] R.J.Q. 1358 (C.S.). Certaines branches de l'assurance viseraient toutefois spécifiquement les accidents.

<sup>268</sup> C.c.Q., art. 1375, voir également l'arrêt *Bail* au sujet de l'obligation de renseignement qui incombe aux parties (*Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554).

<sup>269</sup> « Ce degré est supérieur à celui prévu par les articles 6, 7 et 1375 C.c. généralement applicables à l'ensemble des contrats ». Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 537.

<sup>270</sup> D. LLUELLES, préc., note 218, p. 32-33. À ce sujet, voir également A. BÉLANGER, « Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance », (2009-2010) 77 *Assurances* 203.



imposée au preneur lors de la déclaration initiale de risques et d'aggravation de risque<sup>271</sup>. C'est par la déclaration initiale de risque que l'assuré doit fournir que l'assureur récoltera les informations nécessaires à fixer le montant de la prime<sup>272</sup> et donc évaluer son propre risque de devoir déboursier une prestation d'assurance. Si le risque couvert s'aggrave au cours de la période pendant laquelle l'assurance est en vigueur, l'assuré devra généralement déclarer la nature et l'ampleur du changement du risque à l'assureur<sup>273</sup>. L'étendue de l'obligation qui incombe à l'assuré au niveau de son devoir de divulgation des risques a fait l'objet de controverses à savoir s'il existait une obligation résiduelle à l'assuré lorsque l'assureur lui soumet un questionnaire; la tendance jurisprudentielle a officialisé l'existence d'une telle obligation, quoique son intensité puisse varier selon l'expertise de l'assuré<sup>274</sup>. En tout état de cause, ce sont uniquement les risques qui sont *connus* de l'assuré qui sont visés par son obligation de déclaration<sup>275</sup>. Dans l'éventualité où le contrat serait formé sur la base de fausses déclarations de l'assuré, ou que celui-ci avait été réticent à divulguer les circonstances entourant le risque, sans pour autant être de mauvaise foi, le contrat pourrait être frappé de nullité<sup>276</sup>.

---

<sup>271</sup> Voir *Id.* et C.c.Q., art. 2408, 2409 et 2466 al. Notons que l'assureur détient également une obligation de plus haute bonne foi. Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 35-36.

<sup>272</sup> J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 93. Voir aussi C.c.Q., art. 2408-2410, soit les dispositions générales concernant la déclaration initiale de risque applicables en matière d'assurances terrestres. Des dispositions particulières s'ajoutent selon les différentes catégories d'assurances.

<sup>273</sup> Cette obligation de déclarer l'aggravation du risque serait surtout présente en assurance de dommages et ne concerne pas tous les types d'aggravations. Voir C.c.Q., art. 2466 et J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 96. Dans le cas des assurances de personne, l'assuré ne serait généralement pas tenu à une obligation positive de déclarer l'aggravation de risques, quoique certaines exceptions puissent exister, par exemple concernant l'aggravation d'un risque professionnel durant plus de six mois. Voir *Id.* et C.c.Q., art. 2439. En matière d'assurance de dommages, l'article 2466 C.c.Q. prévoit que ce sont les circonstances aggravantes qui résultent des faits et gestes de l'assuré qui doivent être déclarées, si elles sont de nature à influencer d'une façon importante l'établissement de la prime par l'assureur, son appréciation du risque ou sa décision de maintenir l'assurance. « Dans le cas contraire, l'assuré n'est tenu de déclarer la circonstance aggravante que s'il peut contrôler la situation et la laisse perdurer ». Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 590, référant notamment à *Tricot Challenger ltée c. Intact, compagnie d'assurances (Compagnie d'assurances ING du Canada)*, 2010 QCCS 4386.

<sup>274</sup> J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 583. Des bémols au sujet de cette position y sont soulevés.

<sup>275</sup> *Id.*, p. 583-584. Selon l'auteur : « Le preneur, comme l'assuré, ne peut toutefois pas se contenter d'une attitude passive, mais doit faire preuve d'initiative, se renseigner et déclarer toutes les circonstances qu'une personne diligente pouvait raisonnablement connaître ». Voir *Id.*, référant entre autres à l'arrêt *Italchain c. J.A. Madill*, [1984] R.L. 175 (C.S.). L'obligation de l'assuré ne va cependant pas jusqu'à le forcer à déclarer les risques qui seraient connus de l'assureur. À ce sujet, il existe une présomption jurisprudentielle : « la norme applicable est celle d'un assureur raisonnablement compétent qui assure contre des risques similaires dans l'industrie visée par la police ». Voir *Id.*, p. 585, référant à *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2. R.C.S. 549.

<sup>276</sup> *Id.*, p. 587-589 ; C.c.Q., art. 2408.

Le contenu contractuel sera déterminé par les parties tout en étant encadré par des dispositions supplétives ou d'ordre public<sup>277</sup>. Concernant le début et la durée de la couverture, le principe général codifié à l'article 2398 C.c.Q. veut que la formation du contrat adienne au moment où la proposition du preneur est acceptée par l'assureur. Toutefois, des dispositions particulières peuvent prévoir que la couverture qui fait l'objet du contrat débutera à un autre moment. Par exemple, dans le cas d'assurances de dommages, les parties ont la discrétion de fixer la date et l'heure du début de la couverture avant ou après la formation du contrat<sup>278</sup>. La durée du contrat est essentiellement prévue de manière contractuelle<sup>279</sup>. Quant au montant de la prime et au moment de son exigibilité, s'ils peuvent être prévus dans le contrat, l'assureur ne peut l'exiger avant<sup>280</sup>. Les sinistres visés et l'indemnité correspondante seront également prévus par les parties. En cas de sinistre, l'assuré doit le déclarer à son assureur dès qu'il en a connaissance<sup>281</sup>. Suivra normalement une enquête réalisée par un expert en sinistres, et le paiement de l'indemnité<sup>282</sup>. Le paiement peut être assujéti au paiement d'une franchise par l'assuré. Diverses modalités contractuelles et légales viendront également régir le calcul de l'indemnité et à la valeur couverte par l'assurance<sup>283</sup>. Certains engagements formels peuvent aussi être précisés dans le contrat d'assurance au sujet d'actions que l'assuré devrait poser afin de réduire le risque<sup>284</sup>. Faute de s'y conformer, l'assureur sera dégagé du fardeau de prouver que le respect de ces engagements aurait pu prévenir le sinistre<sup>285</sup>. La couverture d'assurance pourrait même se voir suspendue<sup>286</sup>. L'assureur ne peut par contre pas invoquer des

---

<sup>277</sup> Rappelons qu'en tous les cas, le régime général applicable en matière d'obligations contractuelles vient compléter le régime particulier au contrat d'assurance.

<sup>278</sup> Voir C.c.Q., art. 2399 et J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 98.

<sup>279</sup> *Id.*, p. 99. Concernant la possibilité de résiliation du contrat, voir *Id.*, p. 100. Notamment, l'assureur a dans certains cas une faculté de résilier unilatéralement le contrat. Voir C.c.Q., art. 2427, 2430, 2477 et 2467. Les parties peuvent également avoir prévu des clauses concernant la résiliation.

<sup>280</sup> Voir C.c.Q., art. 2469 et J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 101.

<sup>281</sup> Voir C.c.Q., art. 2470 et 2435, et J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 102.

<sup>282</sup> *Id.*, p. 102 et suiv.

<sup>283</sup> *Id.*

<sup>284</sup> J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 593.

<sup>285</sup> *Id.*, p. 593, référant notamment à *Auberge Rolande St-Pierre inc. c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, [1994] R.J.Q. 1213 (C.A.).

<sup>286</sup> Voir C.c.Q., article 2412 et J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 101.

conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat<sup>287</sup>. Par ailleurs, certains mécanismes octroient à l'assuré de meilleures poignées afin de confronter l'assureur dans certaines circonstances. Par exemple, en cas de divergence entre la police d'assurance et la proposition faite préalablement au preneur, le contenu contractuel sera évalué en fonction de cette dernière<sup>288</sup>. Un autre exemple se situe au niveau d'une exception à la règle de preuve selon laquelle un écrit ne peut être contredit à moins d'avoir un commencement de preuve<sup>289</sup>. Dans le contrat d'assurance, l'assuré pourra néanmoins contredire les déclarations inscrites ou suggérées par un représentant de l'assureur par témoignage<sup>290</sup>.

Généralement, ce sont les parties qui conviennent contractuellement des exclusions de la couverture d'assurance<sup>291</sup>. Certaines exclusions devront toutefois être spécifiquement prévues dans la police pour que l'assureur puisse s'en prévaloir, celui-ci ne pouvant alors pas se rabattre sur une exclusion plus générale<sup>292</sup>. Notons qu'en tous les cas, l'assureur ne peut exclure les violations de la loi, exception faite des actes criminels<sup>293</sup>. À moins de stipulation contraire au contrat, si un dommage peut être attribué à plusieurs causes, dont l'une seule a été exclue dans le contrat, l'assureur devra indemniser le bénéficiaire<sup>294</sup>. Précisons que l'interprétation judiciaire des dispositions du Code civil serait

---

<sup>287</sup> C.c.Q., art. 2403. De plus, concernant l'assurance terrestre, en vertu du premier alinéa de l'article 2405 C.c.Q., les modifications au contrat, par exemple l'ajout d'une exclusion, se fait par avenant au contrat. L'alinéa 2 spécifie que s'agissant d'une modification qui a pour effet de réduire les engagements de l'assureur, le titulaire de la police doit donner son consentement par écrit. Voir également J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 556, référant notamment à *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, 2001] 3 R.C.S. 398, *Assurances générales des causses Desjardins inc. c. Jourdain*, J.E. 2006-86 (C.A.), *Sécurité nationale c. Éthier*, [2001] R.R.A. 614 (C.A.).

<sup>288</sup> C.c.Q., art. 2400 ; Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 97-98. Les règles générales d'interprétation du contrat pourraient cependant être préférées au deuxième alinéa de cet article si l'assuré s'en trouvait désavantagé. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 547, référant à *Roy c. Capitale (La), assurances et gestion du patrimoine inc.*, 2012 QCCS 4464. Notons qu'une *différence* entre la proposition et la police ne constitue pas nécessairement une *divergence* ; il doit se trouver une réelle opposition. Voir *Id.*, p. 548.

<sup>289</sup> C.c.Q., art. 2863.

<sup>290</sup> C.c.Q., art. 2413 ; Voir également J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 98.

<sup>291</sup> En matière d'assurance de dommages, le Code civil prévoit toutefois l'exclusion de la faute intentionnelle de l'assuré (2464 C.c.Q.) et le préjudice qui résulte des freintes, diminutions ou pertes du bien et qui proviennent de son vice propre ou de la nature de celui-ci (2465 C.c.Q.). Par ailleurs, l'article 2404 C.c.Q. prévoit que les exclusions ou les clauses de réduction de la garantie d'une assurance de personnes doivent être clairement indiquées sous un titre approprié pour pouvoir être invoquées.

<sup>292</sup> C'est notamment le cas concernant le suicide (2441 C.c.Q.), la force majeure et la faute non-intentionnelle (2464 al.1 C.c.Q.).

<sup>293</sup> C.c.Q., art. 2402.

<sup>294</sup> J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 557

particulièrement importante en matière de contrat d'assurance<sup>295</sup>. S'il est établi que les règles générales s'appliquent à l'interprétation du contrat d'assurance, des règles particulières ont également été établies<sup>296</sup>. Entre autres, lorsqu'un tribunal est conduit à interpréter des clauses d'exclusion, il doit d'abord procéder à une analyse des dispositions contenues dans la police d'assurance avant de se pencher sur les exclusions et, le cas échéant, examiner les exceptions aux exclusions en dernier<sup>297</sup>. On peut noter qu'en assurance de dommages, concernant l'« exclusion liée au produit de l'assuré commercial » : « [s]i le risque lié à la réparation et au remplacement de tout produit défectueux que l'assuré fabrique, vend ou met sur le marché est exclu, les dommages matériels et corporels causés à des tiers par ces produits restent cependant couverts »<sup>298</sup>. De plus, les assureurs excluent souvent le risque lié à la pollution « touchant les produits et les émanations chimiques, les gaz générés par une combustion, les particules s'échappant de matières produites par un procédé industriel, les produits ou matières dangereuses, ainsi que les hydrocarbures »<sup>299</sup>. Le fardeau de prouver qu'un risque est couvert par l'assureur en cas de réclamation dépend selon qu'il s'agit d'une assurance *tous risques* ou à *risques spécifiés* ; dans le premier cas, l'assuré n'a pas à démontrer que le risque était visé et c'est l'assureur qui devra faire la preuve d'une exclusion du risque, le cas échéant, alors que dans le deuxième cas l'assuré devra établir que la police souscrite visait le risque<sup>300</sup>.

---

<sup>295</sup> Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 85.

<sup>296</sup> C.c.Q., art. 1425-1432. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 594. Pour une illustration, voir *Exportations Consolidated Bathurst ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888. Notons qu'en vertu de la « règle de l'acte clair », une simple mésentente entre les parties sur le contenu du contrat peut ne pas suffire pour qu'un tribunal procède à son interprétation : « [n]'est interprété que ce qui est suffisamment obscur pour mériter de l'être ». Voir F. GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 27. Baudouin, Deslauriers et Moore, quant à eux, évoquent la nécessité qu'il se trouve un *doute*, quoi qu'il soulève que certains auteurs considèrent qu'il ne s'agirait pas d'une condition préalable. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 594.

<sup>297</sup> J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 598, référant à *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurance générales Lombard*, [2010] 2 R.C.S. 245. Ce jugement préciserait également que tandis que l'interprétation des exclusions devrait être restrictive, il faudrait préférer une interprétation large de la couverture offerte par la police d'assurance.

<sup>298</sup> *Id.*, p. 561.

<sup>299</sup> *Id.*, p. 562.

<sup>300</sup> Voir J.-F. LAMOUREUX, préc., note 253, p. 87. L'auteur souligne toutefois que la couverture *tous risques* comporterait tout de même certaines limites. Néanmoins : « il a déjà été jugé qu'une exclusion des risques d'inondation dans une police tous risques, dont il n'était pas question dans un document séparé, était inopposable à l'assuré même si, en réalité, une assurance tout risques sans aucune exception n'existe pas et que le courtier, mandataire de l'assuré, connaissait l'exclusion ». Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 463, référant à *J.A. Martin & Fils ltée c. Hercules Auto Parts inc.*, [1996]

C'est dans le but d'offrir une protection aux assurés face à des pratiques économiques dont les effets pourraient être potentiellement draconiens et afin que le contrat d'assurance se moule à ce qui relèverait de l'intérêt collectif qu'est mis en place un droit *contractuel* de l'assurance<sup>301</sup>. Les mesures qui en découlent sont directement en lien avec la mission dont se prévaut l'État, en vertu du contrat de solidarité, de régir la vie civile<sup>302</sup>. Celles-ci ne s'inscrivent toutefois pas dans le droit civil selon la conception politique libérale. Comme nous l'avons vu précédemment, elles sont plutôt un des effets de la socialisation du droit, soit de l'inclusion de normes morales *dans* le droit. Le régime juridique applicable au contrat d'assurance n'apparaît donc pas ici un obstacle direct à l'assurance des risques contemporains, et ne serait pas un facteur permettant de déterminer la limite de l'assurance. Le contrat permet à l'assureur d'inclure les modalités pertinentes lui donnant la possibilité de circonscrire les risques couverts et l'étendue de la couverture. Ceci lui permettrait au contraire d'établir des certitudes quant à ses obligations afin de contourner certaines limites pratiques. Ces limites pratiques concernent bien souvent des considérations financières au sujet de la prise en charge de certains risques par l'assureur, soit le rapport entre le risque et les implications financières en cas d'indemnisation. L'adaptation des pratiques assurantielles face aux risques contemporains se fait donc majoritairement par le recours à des techniques financières qui s'insèrent elles-mêmes dans le cadre juridique.

### III. Techniques financières d'assurance

Parties au contrat d'assurance, les assureurs sont généralement des compagnies qui s'adonnent à une activité purement mercantile, qui a la particularité d'avoir un rôle social

---

R.R.A. 332 (C.S.). Notons que la description des risques couverts n'a pas pour effet de limiter les exclusions prévues dans la police. Voir *Id.*, p. 557.

<sup>301</sup> Ce serait au nom d'une « justice contractuelle » que des règles visant à rééquilibrer la relation entre le preneur et l'assureur lors de la réforme du droit des assurances en 1974. Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 16. Une grande part du régime légal en matière d'assurances s'inscrirait dans l'esprit du développement du droit de la consommation, même si la *Loi sur la protection du consommateur*, R.L.R.Q., c. P-40.1, ne s'applique pas au contrat d'assurance. Voir A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) *R.G.D.* 297, 300, référant à A. GOURD, « Le droit des assurances et la protection du consommateur », (1972) 32 *R. du B.* 527, 529. Voir également D. LLUELLES, préc., note 218, p. 35-37. Par ailleurs, « [i]l n'est pas étonnant que l'on dise de lui [le preneur] qu'il est un consommateur d'assurance ». *Id.*, p. 35.

<sup>302</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 22.

primordial dans la société contemporaine. Il n'en demeure pas moins que les assureurs auront un comportement qui ne s'éloignera jamais radicalement de ceux d'entreprises vouées à d'autres types d'activités économiques. Le souci financier prédominant dans leur pratique se reflète inévitablement au niveau des limites d'assurabilité qui se dessinent devant les risques contemporains (a) et dans les moyens déployés pour les atténuer (b).

#### **a. Les limites d'assurabilité**

Dans la mesure où les assureurs privés sont avant tout des acteurs participant à l'économie de marché, il n'est guère surprenant que les critères considérés afin de déterminer l'assurabilité d'un risque par l'assurance privée soient d'ordre financier, et soient basés sur des calculs statistiques. À ce sujet, Chemarin indique que l'assurance, alors qu'elle avait jadis pu être conçue de manière pragmatique comme découlant simplement d'un accord de volonté quant aux modalités du contrat d'assurance, a été rationalisée en fonction d'un modèle économique duquel se sont dégagés certains critères d'assurabilité<sup>303</sup>. En guise d'exemple, selon Berliner, l'assurabilité d'un risque se déterminait en analysant neuf principaux traits : un caractère aléatoire de la survenance de l'événement; une perte maximale non catastrophique selon la solvabilité de l'assureur; un montant des pertes moyennes déterminable; une occurrence ni trop fréquente, ni trop rare; une absence d'aléa moral; une stabilité quant à l'environnement économique et politique; des restrictions légales nationales avec lesquelles il était possible aux assureurs de s'arrimer<sup>304</sup>. Certains auteurs diront que la technique de l'assurance porte sur les risques « présentant certains caractères de dispersion, d'homogénéité et de fréquence »<sup>305</sup>. On ne peut nier que lorsque ces critères d'assurabilité sont satisfaits, la tâche de l'assureur sera d'ores et déjà grandement facilitée. L'existence même de pareils critères sous-entend néanmoins que l'assurance rencontre certaines limites.

Si l'on s'en tient à la conception traditionnelle de l'assurance telle que décrite ci-haut, la

---

<sup>303</sup> S. CHEMARIN, « Couverture des risques catastrophiques potentiels : Vers une théorie économique de l'assurabilité en incertitude », (2005) 73 *Assurances et Gestion des Risques* 141, 151.

<sup>304</sup> B. BERLINER, *Limits of Insurability of Risks*, Englewoods Cliffs (New Jersey), Prentice Hall, 1982, cité par *Id.*, 151 et O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 380.

<sup>305</sup> Voir S. LANCTÔT et P. A. MELANÇON (dir.), préc., note 248, p. 18.

principale limite à laquelle celle-ci est certainement confrontée se situe au niveau de la mesure des risques. L'impossibilité de traiter un risque en fonction de probabilités équivaldrait selon certains à une incapacité de traduire le danger en termes de risque au sens où l'assurance le conçoit généralement, de risque *assurable*<sup>306</sup>. D'un point de vue actuariel, la possibilité de recourir à la « loi des grands nombres » serait sans contredit, pour Claude Henry et Erwann Michel-Kerjan, le principal aspect susceptible de soulever un obstacle au niveau de l'assurabilité<sup>307</sup>. Cette loi mathématique implique que :

[...] pour une série de variables aléatoires dont la corrélation ne dépasse pas certaines limites, la variance de la moyenne devient aussi petite qu'on le souhaite pour autant que le nombre de variables soit suffisamment grand [...]. Ainsi, en termes d'assurance, plus le nombre de contrats agrégés est grand, plus il autorise, toutes choses étant égales par ailleurs, une perspective de prévision certaine en moyenne.<sup>308</sup>

En somme, tout exercice de prévision des indemnités que l'assureur sera appelé à verser est dans ce contexte pratiquement irréalisable. L'assureur se fie donc sur cette loi mathématique, selon laquelle il est improbable qu'il soit dans l'obligation d'indemniser *tous* les assurés en même temps. Cela explique pourquoi les risques qui se manifestent peu fréquemment et dont les conséquences anticipées sont d'une importance majeure, tout en touchant un grand groupe d'assurés, rendent la tâche si difficile aux assureurs<sup>309</sup>. En effet, les risques dont la probabilité d'occurrence est mince, ou dont l'appréciation actuarielle devient un non-sens, représentent un défi pour l'assureur puisque les conséquences appréhendées sont susceptibles d'être désastreuses à plusieurs niveaux<sup>310</sup>. Les coûts élevés d'indemnisation qui pourraient résulter d'un sinistre deviennent leur considération principale, car leur solvabilité financière est subordonnée aux montants qu'ils devront être appelés à verser<sup>311</sup>. Par ailleurs, d'autres facteurs peuvent aussi représenter des obstacles à l'assurance : le phénomène de sélection adverse<sup>312</sup>, la fraude à l'assurance<sup>313</sup>, le risque

---

<sup>306</sup> M. ALBERT, préc., note 240, p. 17.

<sup>307</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 380.

<sup>308</sup> *Id.*, p. 381.

<sup>309</sup> M. ALBERT, préc., note 240, p. 17.

<sup>310</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 387. L'auteur indique que dans la littérature anglophone, ces risques sont dénomés *Low Probability-High Consequences* ou *LP-HC events*.

<sup>311</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 147-148.

<sup>312</sup> Certains auteurs préfèrent l'expression *anti-sélection*, qui réfère au phénomène selon lequel un individu qui représente un risque plus faible que l'individu « moyen », en fonction duquel est déterminé la prime d'assurance, aura tendance à ne pas s'assurer puisqu'il jugera que celle-ci est trop élevée ; à l'inverse, les individus très à risque profiteront de cette prime qu'ils considèrent avantageuse pour s'offrir une couverture

moral<sup>314</sup>, etc. Un sinistre d'une ampleur généralisée qui toucherait une population entière ou presque sera aussi difficilement pris en charge par l'assurance, puisque sa survenance serait susceptible d'empêcher l'assureur de rencontrer ses obligations d'indemniser les assurés, les réclamations étant soudainement multiples<sup>315</sup>. La stabilité de l'environnement, autant au niveau économique que social, est également susceptible d'avoir un impact sur les couvertures offertes par l'assurance<sup>316</sup>. Néanmoins, bien que l'assurance puisse être contrainte par autant de limites, il ne faut pas en conclure trop rapidement à l'inassurabilité de certaines catégories de risques.

Les critères d'assurabilité « traditionnels » sont issus de la rationalité économique propre à une époque donnée, l'époque où les risques que l'assurance était appelée à prendre en charge étaient essentiellement les risques d'accident qui guettaient les individus dans leur quotidien<sup>317</sup>. Tel que le rappelle Ewald, dans ce contexte, les pratiques d'assurances se sont appuyées sur les lois probabilistes, et donc « sociales », afin de structurer leur champ d'action, de catégoriser les risques qu'elles allaient couvrir; leur pratique n'étant pas *fondée* sur les probabilités, mais *facilitée* par elles<sup>318</sup>. Concrètement, le marché de l'assurance a toujours démontré une capacité d'adaptation accrue, ce qui a permis la couverture de

---

maximale. En définitive, l'assureur se retrouvera aux prises avec des assurés beaucoup plus à risque qu'en prévision. Il pourra vouloir réviser à la hausse les primes d'assurances afin de les réajuster par rapport aux risques réellement supportés. Cette augmentation incitera de nouveau les assurés les moins à risque à reconsidérer leur désir de demeurer assurés, et ainsi de suite. Voir M. ALBERT, préc., note 240, p. 19. Au sujet de la manière dont la prime ou le tarif d'assurance est calculé, voir : J. BARROUX et R. DESSAL, préc., note 219, p. 31 et suiv. Notons que ces propos théoriques doivent être nuancés en fonction de la financiarisation de la pratique assurantielle que l'on illustrera plus loin. L'assurance se trouvant désormais à titre de produit financier parmi d'autres, l'analyse économique du comportement des assurés est nécessairement plus complexe.

<sup>313</sup> La fraude à l'assurance se manifeste notamment par des déclarations inexactes de l'assuré. Voir M. ALBERT, préc., note 240, p. 19.

<sup>314</sup> Aussi dénommé *hasard moral* ou *aléa moral*, il s'agit de la modification du comportement d'un individu face au risque pour lequel il s'assure. Voir *Id.*, p. 10-20.

<sup>315</sup> J. BARROUX et R. DESSAL, préc., note 219, p. 30.

<sup>316</sup> M. ALBERT, préc., note 240, p. 20. À cet égard, M. Albert souligne qu'« un marché d'assurance bien établi est un facteur de stabilisation de l'économie et des prix. [...] la stabilité monétaire et l'assurance se renforcent l'une et l'autre ». Voir *Id.*

<sup>317</sup> Durant cette période, les caractéristiques des risques qui concernaient les populations auraient coïncidé avec la technique assurantielle classique : « For a whole era, the space and expansion of risk seemed to coincide with the space of insurability ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 138.

<sup>318</sup> Rappelons que les pratiques assurantielles existaient bien avant l'avènement des statistiques sociales.



risques qui dérogeaient aux critères traditionnellement reconnus<sup>319</sup>. Les assureurs n'ont à l'évidence nul autre choix, d'un point de vue économique, que de s'adapter à l'évolution des connaissances qui se modifient au gré des développements technologiques et reflètent une réalité de plus en plus éclectique<sup>320</sup>. Autrement dit, l'assureur n'a jamais très longtemps l'heure juste quant à l'évaluation des risques :

Chaque innovation invalide des séries statistiques en cours. On voit bien ici la tension existant entre risque et innovation : de par son activité même, l'entrepreneur qui innove perturbe l'univers risqué que l'actuaire essaye de construire, il fait basculer celui-ci en univers indéterminé, l'obligeant alors à un nouveau travail de « mise en risque » du monde.<sup>321</sup>

Ainsi, si avec le développement social, de nouveaux besoins, qui ne répondent pas à des lois probabilistes, requièrent que les bénéfices de la technologie assurantielle soient mis à profit, cette technologie allait devoir parvenir à trouver un autre point d'appui :

Sans doute y a-t-il des limites techniques à l'assurance, sans doute ne peut-on assurer des risques que suffisamment divisés et dispersés, que si la valeur du risque n'excède pas la capacité de l'assurance ; mais il est remarquable que ce qui à certains moments pouvait apparaître comme inassurable le devient ensuite, grâce au progrès de la technique assurantielle, aux opérations de coassurance ou de réassurance.<sup>322</sup>

L'incertitude caractérisant les risques contemporains a effectivement poussé l'industrie de l'assurance à développer des méthodes complémentaires ou alternatives afin d'offrir des produits d'assurances adaptés :

En présence d'incertitude scientifique, l'ensemble des mécanismes et politiques de régulation doivent être repensés, l'assurance est, par conséquent, un outil majeur de partage et de contrôle de cette incertitude. À travers elle, doivent se définir les nouveaux outils de décision et les réseaux de coopération avec les acteurs essentiels du partage des risques, notamment l'État et les marchés financiers. Les nouveaux risques ne sauraient alors être considérés comme un facteur de rétrécissement du domaine de l'assurabilité, mais plutôt comme une transformation de ce dernier par la recherche de solutions originales, fondées sur la complémentarité des agents économiques.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> À cet égard, Henry et Michel-Kerjan rescentent plusieurs exemples qui viennent démentir que l'assurabilité ne tienne qu'à ces critères. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 380 et suiv. Exemple de (1) la non-application de la loi des grands nombres : l'assurance des Jeux Olympiques contre les aléas naturels comme la température, et les attaques terroristes ; (2) d'assurance en situation d'asymétrie d'information.

<sup>320</sup> A. NOVEMBER et V. NOVEMBER, préc., note 70, par. 5. Ce serait « [l]orsqu'ils sont définis, contrôlés et acceptés, parce que rentables faut-il le préciser, [que] les "nouveaux risques" deviennent matière contractuelle ». Voir A. BÉLANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », 56 (2) *R.D. McGill* 317, 336.

<sup>321</sup> P. PERETTI-WATEL, « Risque et innovation : un point de vue sociologique », (2003) 18(2) *Innovations* 59, p. 62.

<sup>322</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 174.

<sup>323</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 156.

## **b. Les techniques assurantielles complémentaires ou alternatives**

Afin de s'adapter aux caractéristiques des risques contemporains, et principalement aux incertitudes qui se diversifient sans cesse, la pratique de l'assurance a recours à de nouveaux outils lui permettant d'offrir des couvertures répondant aux nouvelles préoccupations sociales<sup>324</sup>. L'assurance privée est confrontée à des limitations pratiques, ou plutôt financières, lorsque les critères traditionnels ne sont pas satisfaits. Cela est principalement perceptible lorsque la gamme d'accidents possibles n'est pas clairement répertoriée, ou que la survenance de ceux-ci ne s'apprécie pas au moyen des probabilités<sup>325</sup>. L'incertitude peut revêtir différents degrés : la nature des événements peut être connue sans que des probabilités de leur réalisation puissent être calculées, ou encore ces deux types de données peuvent demeurer indéfinissables<sup>326</sup>. Des solutions pragmatiques permettent malgré tout au secteur assurantiel de gérer l'incertitude caractéristique de certains risques. Nous les divisons ici en deux grandes catégories, soit les techniques de type assurantiel (i), et les méthodes faisant appel aux marchés financiers (ii)<sup>327</sup>. Un survol de ces techniques permettra de mettre en contexte l'évolution de l'assurance en lien avec le droit et la finance<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 142-143.

<sup>325</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 387-388.

<sup>326</sup> *Id.*, p. 387-388. Il est souligné, en note à la page 585, qu'en cas d'ignorance complète, deux autres cas de figure sont possibles : l'on peut être conscient de notre ignorance, ou encore ignorer le fait même qu'il se trouverait des choses à savoir sur un événement. U. Beck, dont nous traiterons plus loin, explicite davantage cette attitude par rapport à la connaissance en situation d'incertitude.

<sup>327</sup> K. MIMOUNI, « La titrisation du risque de catastrophe », (2002) 70(2) *Assurances* 263, 267.

<sup>328</sup> Spécifions qu'il s'agit d'un survol qui vise une familiarisation avec la dimension économique de l'assurance privée. L'initié sera sans doute d'avis que le propos pêche par imprécision et généralité à certains égards. Entre autres, nous n'avons pas tenté de tisser les liens entre les différentes techniques qui sont décrites. De plus, la distinction entre les techniques de type assurantielles et les méthodes faisant appel aux marchés financiers n'est probablement pas aussi étanche que nous le présentons. À tout événement, cette section ne devrait pas être utilisée à des fins de références. Une réflexion approfondie aurait certainement enrichi le propos, mais ne pouvait être envisagé de manière réaliste dans le cadre de ce mémoire de maîtrise. Le lecteur qui s'intéresserait davantage à ces questions est fortement invité à consulter des ouvrages plus détaillés pour de plus amples informations. Par ailleurs, pour ceux qui, néophytes comme la soussignée, désireraient des informations très générales concernant les termes employés, le centre linguistique de l'Institut d'assurance de dommages du Québec fournit un lexique du vocabulaire utilisé dans le monde de l'assurance, ainsi que leur équivalent anglophone. Voir <<http://iadq.qc.ca/centre-linguistique/lexique/?lexique=FA>>. Ce lexique a parfois été consulté afin de présenter les concepts de la présente section. Dans la description des techniques complémentaires ou alternatives d'assurance, certains anglicismes ont été employés dans le texte malgré l'existence de termes en langue française afin de faciliter les références aux ouvrages économiques. Ceux-ci réfèrent souvent à la terminologie anglophone. Certains de ces termes, comme le terme « pool », sont d'ailleurs admis dans le lexique de l'Institut d'assurance de dommages du Québec.

## **i. Techniques de type assurantielles**

Les techniques regroupées sous ce titre s'apparentent à l'assurance par leur forme et la manière dont elles réfèrent à la technologie du risque. Nous verrons plus spécifiquement les mécanismes de coassurance et de réassurance, les *pools*, *retention groups* et captives, pour terminer avec l'autoassurance.

D'abord, les techniques de coassurance et de réassurance sont utilisées par les assureurs afin de faire face à des situations où les indemnités qu'ils pourraient devoir verser suite à un sinistre dépasseraient les liquidités dont ils disposent<sup>329</sup>. La coassurance est le processus par lequel un même risque sera assuré par plusieurs assureurs au moyen d'un contrat<sup>330</sup>; le partage du risque est horizontal, puisqu'il s'effectue parmi différents assureurs<sup>331</sup>. Par exemple, prenons la situation où X s'assure contre les tempêtes auprès de A, B et C. Advenant que X soit victime d'une tempête; A, B et C seront chacun tenus d'indemniser une part du préjudice de X selon les modalités établies du contrat de coassurance. La réassurance, au contraire, permet une distribution verticale du risque, par la conclusion d'un contrat entre l'assureur et un réassureur<sup>332</sup>. Le risque visé par le contrat de réassurance est la possibilité de versement d'une indemnité par l'assureur à son propre assuré, advenant un sinistre visé dans le contrat d'assurance liant ces deux derniers<sup>333</sup>. Par exemple, partons du scénario selon lequel A assure X contre les tempêtes. Le contrat de réassurance conclut par A avec un réassureur B viserait le risque que A doive effectivement indemniser X advenant une tempête. Quant aux modalités d'un tel contrat de réassurance, plusieurs clauses particulières encadrant la couverture peuvent être prévues par les parties. Entre autres, le contrat peut convenir d'une couverture *facultative*, selon laquelle le réassureur conserve le choix de refuser la couverture d'un risque lui étant soumis par l'assureur. La couverture sera

---

<sup>329</sup> M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 99-100.

<sup>330</sup> *Id.*, p. 99-100.

<sup>331</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 398.

<sup>332</sup> *Id.*, p. 398.

<sup>333</sup> *Id.*, p. 401 et suiv. À noter que le chapitre sur le contrat d'assurance dans le *Code civil du Québec* peut s'appliquer au contrat de réassurance qui a les caractéristiques d'un contrat d'assurance au sens de l'article 2389 C.c.Q. En vertu de l'article 2397 C.c.Q., le contrat de réassurance n'a d'effet qu'entre l'assureur et le réassureur.

plutôt *obligatoire* lorsqu'il est prévu que le réassureur accepte de couvrir une part du portefeuille l'assureur sans égard aux risques qu'il contient<sup>334</sup>. Dans ce cas, l'indemnisation par le réassureur est automatique dès que l'assureur indemnise un assuré, peu importe le risque dont il s'agissait. Il est aussi possible d'établir une *couverture proportionnelle*, en vertu de laquelle l'assureur et le réassureur assument les coûts d'indemnisation selon un barème de participation déterminé dans le contrat. De plus, une clause peut prévoir l'obligation pour l'assureur de payer une franchise avant de bénéficier de l'indemnisation de réassurance. Le montant de celle-ci équivaudra alors à l'écart entre le montant de la franchise et le montant de l'indemnisation versée par l'assureur à l'assuré. Selon un autre scénario, le contrat de réassurance peut prévoir une évaluation des pertes de l'assureur sur la base d'un exercice financier donné, ou de l'année financière. L'indemnisation par le réassureur est accordée lorsque la somme des indemnités versées par l'assureur dépasse le seuil déterminé contractuellement par ces deux parties<sup>335</sup>.

Les contrats de coassurance et de réassurance ne suffisent cependant pas à éliminer tout type d'incertitude concernant les risques financiers de l'assureur<sup>336</sup>. Confrontés à la récurrence d'événements aux conséquences incommensurables, les assureurs constatent la précarité dans laquelle ils peuvent se retrouver financièrement en assurant les risques catastrophiques. Les impacts concrets de cette situation au niveau de l'assurance peuvent notamment se manifester par des primes d'assurances sujettes à augmentation, et des couvertures d'assurances limitées, voire même dans certains cas, retirées<sup>337</sup>. Des répercussions se sont également fait sentir dans le marché de la réassurance. Les réassureurs auraient notamment tendance à exiger des assureurs des primes plus élevées. En retour, cette hausse des primes de réassurance se répercute inévitablement sur les primes exigées des assureurs aux assurés de première ligne. Face à cette situation, les assureurs ont cherché de nouvelles techniques plus souples afin de continuer à couvrir les risques

---

<sup>334</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 401 et suiv.

<sup>335</sup> *Id.*, p. 401 et suiv.

<sup>336</sup> Le marché de la réassurance offrirait rarement une couverture de plus de 5 millions de dollars. Les primes de réassurance pourraient par ailleurs être plutôt dispendieuses en raison notamment du capital de réassurance insuffisant, des coûts de transaction, des risques d'anti-sélection et de l'aléa moral au niveau de l'assureur, etc. Voir N. DE MARCELIS-WARIN et E. MICHEL-KERJEAN, « Catastrophe risk sharing and public-private partnerships : From natural disasters to terrorism », (2003) *CECO 945* [En ligne], p. 3.

<sup>337</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, p. 265. Le retrait de la couverture d'assurance demeure assujéti à l'existence et aux modalités du contrat, le cas échéant.

catastrophiques sans que les primes demandées deviennent exorbitantes de la part des assurés, ni qu'ils ne doivent eux-mêmes supporter de risques financiers qui les placeraient presque inévitablement en situation de faillite<sup>338</sup>.

Une des solutions envisagées par les assureurs et les réassureurs a été d'établir contractuellement des structures alternatives de groupe, dont les *pools*, les captives et les *risk retention groups*. Celles-ci leur permettent d'augmenter leur marge financière respectives<sup>339</sup>. Les caractéristiques de ces configurations de groupe s'apparentent à celles des sociétés mutuelles<sup>340</sup>. Dans un *pool* d'assurance, les assureurs ou réassureurs se regroupent moyennant le paiement d'un montant déterminé; c'est alors le *pool*, et donc l'ensemble des assureurs, qui essuiera les pertes et bénéficiera des excédents<sup>341</sup>. Par exemple, les assureurs A, B et C versent chacun un montant de 100 000\$ dans un *pool*. Advenant le cas où A doit indemniser son assuré X pour un risque non exclu par le contrat entre les membres du *pool*, il pourra utiliser de l'argent de ce fonds afin de financer l'indemnité à verser à X. En ce qui concerne les captives, il s'agit de sociétés d'assurance qui sont mises sur pied par des entreprises ou des groupes d'entreprises afin de gérer les risques qui leur sont communs. Pensons à une entreprise Y qui oeuvre dans le domaine de l'exploitation pétrolière, et qui constituerait elle-même une société d'assurance A. Y pourrait alors conclure un contrat d'assurance avec A en lien avec ses activités industrielles. Le risque est alors assumé par cette dernière, qui demeure contrôlée par Y. Pour ce qui est des *risk retention groups*, il s'agit de mutuelles d'assurance responsabilité civile qui ont

---

<sup>338</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, p. 267.

<sup>339</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 157. Puisque ce sont des outils développés par l'industrie elle-même, et non par l'assurance, « les captives [et, selon nous, les mécanismes apparentés,] sont parfois vues, finalement, comme des concurrents au secteur assurantiel et peuvent être considérées comme des freins au développement de l'assurance de marché ». Voir L. EECKHOUDT et S. SPAETER, préc., note 229, p. 66.

<sup>340</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 160. Au sujet de la mutualité, de l'évolution historique de la notion, de son amiguité, de sa signification en lien avec le contrat d'assurance, et du phénomène de démutualisation, voir A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 301. Notamment, concernant le contrat d'assurance, les auteurs dénotent que « [s]elon certains, on oublie trop souvent que la mutualité vise à construire le lien social, qu'au centre de la mutualité, il s'agit de la protection de l'humain par la construction d'un lien social, et non l'unique prise en compte de la valeur marchande de ses craintes ». Voir *Id.*, 317. Dans le contexte où ce sont les entreprises qui se regroupent sous des formes s'apparentant à la mutuelle, le souci en est moins un de protection de l'individu que de protection des entreprises. Démutualisation au niveau de l'assurance individuelle, et mutualisation d'entreprises : nous y voyons un autre exemple de la réification de l'assuré, réification de l'individu, dans un capitalisme dont même la critique la plus radicale ne semble pas freiner l'incessante mutation et reproduction. Au sujet de la réification des parties au contrat d'assurance, voir A. BÉLANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », préc., note 320.

<sup>341</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 161.

principalement vu le jour aux États-Unis dans le domaine de la santé afin de pallier aux difficultés d'obtenir une couverture<sup>342</sup>.

Certaines entreprises ou individus préfèrent tout simplement ne pas transférer leurs risques à une tierce partie, soit à un assureur. À cet égard, l'autoassurance<sup>343</sup> constitue un moyen à la portée du particulier de protéger lui-même son patrimoine contre les risques, sans constituer une société distincte (captive). L'acteur qui s'y prête prédestine une part de son avoir financier à l'absorption des conséquences d'un risque potentiel. À la différence de l'assurance, le risque n'est pas transféré à une autre partie – l'assureur – dans le cadre d'une relation contractuelle, et demeure à l'entière charge de la personne qu'il vise. Celle-ci verse un montant quelconque à la fréquence de son choix, dans le type de solutions bancaires qui lui convient. Ces sommes sont versées dans le but de pouvoir réagir si un sinistre devait survenir. Si aucune somme n'est sacrifiée dans le versement de primes à un assureur, leur montant demeure souvent plus élevé. Les sommes ainsi économisées demeurent toutefois la propriété de celui qui s'adonne à l'autoassurance, alors que dans le cas de l'assurance, les primes quittent définitivement le patrimoine de l'assuré. De plus, le calcul des primes assurantielles tient compte d'éléments qui demeurent externes au sinistre hypothétique, tels les coûts de transaction et les taux de marge de l'assureur<sup>344</sup>. L'autoassurance offre donc au particulier la possibilité d'un contrôle plus serré de la manière dont son patrimoine financier est géré, selon sa propre perception des risques qu'il encourt.

## ii. Marchés financiers

Certains risques laissent envisager des dommages d'une ampleur telle, au niveau de leurs montants et de la quantité de personnes touchées dans une région donnée, que la coassurance, la réassurance et les structures de groupe ne suffisent pas<sup>345</sup>. Dès lors, les assureurs pourraient refuser de couvrir des risques qui comportent pour eux de trop grandes

---

<sup>342</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 162.

<sup>343</sup> Cette appellation ferait l'objet de certaines critiques, et la l'on pourrait également se demander si l'assuré qui s'auto-assure se retrouve à être *assureur*. Voir J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 567.

<sup>344</sup> Au sujet de la différence entre l'auto-assurance et l'assurance de marché, voir L. EECKHOUDT et S. SPAETER, préc., note 229, 63-65.

<sup>345</sup> Voir notamment K. MIMOUNI, préc., note 327, 269

incertitudes financières. Afin d'éviter l'effondrement du marché de l'assurance, les catastrophes, dont font partie les fléaux naturels et industriels, ont mené au développement d'autres outils permettant de soutenir financièrement les activités l'assurance<sup>346</sup>. Des *solutions* alternatives ou complémentaires à l'assurance ayant recours aux marchés financiers ont ainsi été développées, comme l'échange de portefeuilles, les options sur indice et les obligations indexées<sup>347</sup>. Ces techniques traduisent les risques en titres financiers, d'où l'appellation de *titrisation* des risques<sup>348</sup>. Le recours aux marchés financiers nécessite tout de même une analyse des risques concernés afin de déterminer les primes qui seront touchées par les investisseurs<sup>349</sup>. Toutefois, bien qu'elles puissent être utilisées par des compagnies d'assurance, ces techniques doivent être distinguées de l'assurance selon le sens attribué à la notion dans la section I. La technique assurantielle détermine les risques assurables en fonction de divers paramètres, notamment actuariels. Pour sa part, la technique de titrisation des risques, dont suivent quelques illustrations, attribuent au risque une valeur qui lui permet d'être envisagé comme un objet sur les marchés financiers.

Un premier exemple de titrisation des risques est l'échange de portefeuilles<sup>350</sup>. Celui-ci se prête particulièrement aux risques qui affligent une région géographique spécifique, comme les catastrophes naturelles<sup>351</sup>. Normalement, un assureur couvrant de tels événements encourt lui-même un risque énorme. L'ampleur des indemnités à verser advenant la survenance d'une catastrophe naturelle mettrait en péril sa capacité financière. Il s'agit donc pour les assureurs ou réassureurs de diversifier leur portefeuille de risques en les partageant avec des assureurs qui couvrent d'autres types de risques dans d'autres régions

---

<sup>346</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, 264.

<sup>347</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 157. Ces techniques sont également appelées ART, pour *Alternative Risk Transfer*.

<sup>348</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 410. La titrisation des *risques catastrophiques* aurait fait son entrée sur les marchés financiers au cours des années 1990. Voir K. MIMOUNI, préc., note 327, 265. Sur les incidences réciproques de la financiarisation des risques et du droit des obligations, et en lien avec la crise financière de 2008, voir V. FORRAY, « À la croisée du droit des obligations et de l'ingénierie financière – Remarques sur la nécessité sociale de l'analyse juridique », (2016) 57(1) *Les Cahiers de droit* 25, et plus spécifiquement les pages 43 à 48.

<sup>349</sup> À ce sujet, consulter K. MIMOUNI, préc., note 327, 275 et suiv.

<sup>350</sup> Les *swaps* ou le CATEX (*Catastrophic Risk Exchange*) procèdent par échange de portefeuilles. À noter que le CATEX de New York, alors que des coûts d'adhésion et de transaction soient exigés, fournit également une banque d'informations à propos des risques concernés. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 413. Pour plus d'informations à propos de CATEX, consulter leur site : <<https://www.catex.com>>.

<sup>351</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 158.

géographiques. Par exemple, si A couvre les sinistres causés par un tremblement de terre en Californie, il pourrait avoir avantage à partager son portefeuille avec B qui couvre les tempêtes en Floride<sup>352</sup>. Ainsi, si une tempête survenait, B ne serait pas seul à porter la charge des indemnités à verser à ses assurés ; A et B assumeraient les pertes dans la proportion définie par le partage de portefeuille. De cette manière, chacun d'eux atténue le risque très élevé qu'ils acceptent respectivement de couvrir dans une région donnée. Les *Contingent Surplus Notes* représentent une autre méthode par laquelle les investisseurs versent certains montants dans un fonds. Ces investissements sont protégés par des obligations à court terme, soit des titres achetés par les assureurs. En cas de la survenance d'un sinistre visé par l'entente de financement, l'assureur a l'option de substituer un certain nombre de ces titres pour des *Surplus Notes*, soit des emprunts d'argent à même le fond d'investissement<sup>353</sup>. Prenons l'exemple d'un assureur A qui se porterait détenteur de 100 000 titres prévoyant la possibilité de demander un emprunt de 10\$ s'il doit indemniser ses assurés suite à une tempête. Advenant la survenance d'un sinistre X, A pourrait échanger 1000 titres et faire un emprunt de 10000\$ dans le fond afin d'accroître ses liquidités. Ce modèle s'est toutefois avéré relativement inadapté aux caractéristiques des risques contemporains.

Un autre système d'obligations indexées a été développé, dont le plus connu est probablement les *cat bonds* – pour *catastrophe bonds* –. Celui-ci est généralement opéré à partir d'une société distincte formée par l'assureur : il s'agit d'un *special purpose vehicle* ou *reinsurer* (SPV ou SPR)<sup>354</sup>. L'assureur conclut parallèlement un contrat de réassurance avec le SPV. Il verse ainsi une prime d'assurance au SPV, qui devient son réassureur. Pour générer un fond de roulement permettant au SPV d'indemniser l'assureur en cas de la survenance d'un sinistre visé par leur contrat de réassurance, des obligations correspondant à des risques déterminés sont émises par le SPV sur le marché financier, qui peuvent être acquises par des investisseurs. Afin de fournir une garantie à ces investisseurs, les montants que ceux-ci investissent sont placés par le SPV. Il s'agira généralement de placements peu à risques. Quant aux intérêts versés aux investisseurs en retour de leurs obligations, ils sont

---

<sup>352</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 412.

<sup>353</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, 267.

<sup>354</sup> *Id.*, 272. O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 419.



prélevés à même la prime de réassurance que l'assureur verse au SPV. En cas de sinistre, le SPV indemnise l'assureur conformément au contrat de réassurance. Selon l'ampleur du montant de l'indemnisation à verser par le SPV, il est possible que celui-ci n'ait plus les fonds nécessaires pour verser des intérêts aux investisseurs pendant un certain temps. Ceux-ci pourraient même perdre l'entièreté de leur investissement initial, si la vente des obligations par le SPV est nécessaire afin d'indemniser l'assureur<sup>355</sup>. En définitive, l'investisseur assume donc une grande part du risque. Les *Contingent Equity Securities* offrent une autre possibilité de financement en cas d'événement catastrophique. Selon ce montage financier, l'assureur paie directement aux investisseurs un montant déterminé. Ce paiement lui donne droit d'utiliser le capital d'investissement de ceux-ci en cas de sinistre, et de leur faire supporter une portion des pertes dans la mesure prévue<sup>356</sup>. Enfin, un type de produit financier connexe mérite également d'être mentionné : il s'agit des options sur indice, soit des titres dont la valeur est définie à partir d'indices de catastrophes<sup>357</sup>. Il s'agit en quelques sortes d'un marché boursier sur lequel il est possible d'acheter des titres dont le prix varie en fonction d'un indice correspondant à un calcul du potentiel de survenance du sinistre, selon plusieurs facteurs comme la météo, la fréquence de survenance d'un type de risque, etc.

Ces différentes techniques alternatives et complémentaires ont en commun qu'elles réduisent le risque financier assumé directement par les assureurs. Alors que dans les techniques de type assurantiel, il était question de modifier la structure de répartition du risque, dans le cas des techniques faisant appel aux marchés financiers, il s'agit de spéculer par rapport au risque, lequel acquiert une valeur dans le marché. Dans tous les cas, ces techniques sont intimement liées à des montages contractuels et reposent sur la création et la multiplication d'obligations entre plusieurs acteurs<sup>358</sup>. Malgré que ces techniques permettent aux assureurs d'amortir leurs risques financiers, ceux-ci n'acceptent pas pour

---

<sup>355</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 418 et suiv.

<sup>356</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, 273. Les *Catastrophes Equity Puts (Cat EPuts)* sont une illustration de ce type d'outils. Voir *Id.*

<sup>357</sup> Les options sur indice ont été développées par le *Chicago Board of Trade (CBOT)*. Voir notamment O. GODARD C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 414 et suiv. ; K. MIMOUNI, préc., note 327, 274.

<sup>358</sup> Pour une réflexion critique sur le recours à l'obligation juridique dans la structure financière de refinancement, voir V. FORRAY, « À la croisée du droit des obligations et de l'ingénierie financière – Remarques sur la nécessité sociale de l'analyse juridique », préc., note 348.

autant d'assurer tous les risques catastrophiques, ou le feraient parfois qu'à certaines conditions.

#### **IV. Insuffisance de l'assurance privée**

Les techniques discutées prêtent certainement main-forte au secteur privé en ce qui concerne la couverture des risques contemporains. Chemarin indique que malgré tout, celui-ci n'a pas les reins financiers assez solides pour accepter de les couvrir tous, surtout lorsqu'ils laissent présager des dommages dont les coûts pourraient être faramineux<sup>359</sup>. Selon elle, trois facteurs tracent la limite de l'assurabilité – techniques alternatives et complémentaires comprises – des risques contemporains : l'incertitude profonde qui les entoure, les données statistiques non suffisantes sur leurs conséquences et leur occurrence, et l'information distribuée de manière singulière qui génère des asymétries<sup>360</sup>. On constate que même avec les nouvelles techniques assurantielles, les obstacles rencontrés ont des points en commun avec ceux qui posaient des limites à la technique assurantielle traditionnelle, et concernent essentiellement des incidences financières. Les nouvelles techniques ont néanmoins permis de repousser la limite de l'assurabilité en ouvrant l'accès à de nouvelles sources de liquidité pour les assureurs<sup>361</sup>. La limite de l'assurance ne s'en trouve toutefois jamais complètement éradiquée. Même si ces techniques assurantielles ou financières peuvent être un atout pour les assureurs, leur capacité financière demeure assujettie aux lois du marché. Certains auteurs parleront d'ailleurs de *commerce* de l'assurance lorsqu'ils font référence à l'offre d'assurance privée, étant donné que cette branche s'inscrit essentiellement dans un capitalisme marchand<sup>362</sup>. Cela dit, des considérations propres au fonctionnement de toute entreprise s'ajoutent aux critères permettant à l'assureur de déterminer s'il accepte de couvrir un risque. Notamment,

---

<sup>359</sup> Voir également M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 213. Selon cette étude, l'indemnisation par le régime de responsabilité civile atteindrait également ses limites.

<sup>360</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 166-167.

<sup>361</sup> Ewald avait d'ailleurs constaté que « les limites de l'assurable ne cessent, grâce au jeu de la réassurance ou de la coassurance, d'être repoussées ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 391.

<sup>362</sup> Voir A. BÉLANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », préc., note 320, 319, référant à F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2001. Par ailleurs, « le risque est moins un mal qu'un "bien" au sens économique ; il est "utile", progressif, l'aliment même de la rationalité des choix individuels et collectifs ». Voir F. EWALD et D. KESSLER, « Les noces du risque et de la politique », (2000) 109 *Le Débat* 55, 60.

l'assureur pourra évaluer si la demande pour un produit d'assurance est suffisante pour couvrir les frais accessoires tels les coûts de mise en marché<sup>363</sup>. Cela est sans oublier le caractère contractuel de l'assurance qui nécessite que le preneur accepte de payer la prime exigée par l'assureur ; si celui-ci doit la fixer à un montant trop élevé afin de maintenir une capacité élevée de payer en cas de sinistre, les preneurs pourraient refuser de contracter<sup>364</sup>. Ces considérations, qui ne sont pas liées directement au risque lui-même, participent également à établir la limite de l'assurance.

La limite de l'assurance est donc mouvante ; elle se déplace à mesure que les assureurs développent de nouvelles stratégies afin d'adapter leur schéma financier. Autrement dit, on peut voir une corrélation inverse entre l'importance de la limite de l'assurance et l'importance des risques financiers supporté par l'assureur. Ceux-ci s'apprécient selon la possibilité réelle d'insolvabilité de l'assureurs privé, mais également selon des décisions d'affaires basées sur ses marge de profit dont il entend bénéficier<sup>365</sup>. Le rôle social de l'assurance<sup>366</sup>, notamment au niveau de la fourniture de services d'assurance qui auraient pour objet d'accroître la sécurité financière des assurés, est supplanté par l'impératif du profit de l'assureur privé<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> K. MIMOUNI, préc., note 327, 284.

<sup>364</sup> Parmi leurs conclusions, Henry et Michel-Kerjan sont d'avis que l'acceptabilité du prix de la couverture d'assurance est un facteur qui peut inciter les assureurs à innover en matière d'opérations de transfert de risques, ce qui leur permettrait d'offrir un produit d'assurance à meilleur prix. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 462. Ces transactions financières ont toutefois elles-aussi des limites. Il est également pertinent de soulever que la prime d'assurance peut être limitée par de la réglementation. À ce sujet et concernant la fixation de la prime en contexte d'incertitude, voir K. MIMOUNI, préc., note 327, 286 et suiv.

<sup>365</sup> Il n'est certes pas inutile de rappeler que « [p]our les compagnies d'assurances par actions, inévitablement, l'intérêt de l'assuré s'oppose à celui des actionnaires. Le gain de l'un ne peut que représenter la perte de l'autre. Le lien est d'abord économique et *actuariel* ». Voir A. BÉLANGER et J. MANEKENG TAWALI, préc., note 301, 318. Le contrat d'assurance devient ainsi un *produit de consommation* parmi tant d'autres, laissant loin derrière l'idée d'un solidarisme entre les assurés, l'idée d'une assurance *sociale*. Voir *Id.*, 319. D'ailleurs, on parlera fréquemment de *consommateur de produits* et de *services financiers* lorsqu'il est question d'assurances. Voir MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, préc., note 40.

<sup>366</sup> Au sujet du rôle social de l'assurance, voir A. BÉLANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », préc., note 320, 320 et suiv. À noter qu'Ewald parlera de la fonction *sociale* de l'assurance dans le sens où elle permet l'acquisition de biens et de services. Nous pourrions penser qu'il fait notamment référence à l'assurance « valeur à neuf ». Voir F. EWALD, « La société assurancière et son avenir », préc., note 239, 96. Il y a donc confusion dans l'utilisation de la technologie d'assurance : à travers l'assurance, la société assume-t-elle les pertes collectivement ou participe-t-elle collectivement à l'économie ?

<sup>367</sup> Par exemple, au sujet de la couverture des risques terroristes par les réassureurs : « while they had a social responsibility to provide some terrorism coverage, they also had a social responsibility to exclude and limit

Dans ce contexte, anticipant que les assureurs ne puissent pas réalistement offrir une couverture adéquate face à certains risques, plusieurs auteurs soulèvent que la participation du secteur public est nécessaire<sup>368</sup>. Certains précisent que l'État devrait être appelé en renfort uniquement dans les cas où les limites de l'assurance privée sont atteintes<sup>369</sup>. Ce propos devrait par contre être nuancé à la lumière du fait que cette limite, comme nous l'avons vu, ne peut être déterminée clairement ou définitivement. Il s'agit essentiellement d'une limite d'ordre économique qui découle des choix d'entreprise de la compagnie d'assurance. C'est précisément à l'endroit du point de friction entre l'assurable et le non assurable que l'État doit prendre position : doit-il accepter que ce soit les assureurs qui déterminent la limite de l'assurance ou a-t-il son mot à dire en s'immisçant dans leurs choix de gestion financière ?

### C. La participation de l'État

Lorsqu'un risque ne concerne plus seulement la probabilité d'atteinte au patrimoine privé d'un acteur économique ou d'un petit nombre d'entre eux, mais est susceptible d'engendrer un *sinistre à grande échelle*, il quitte dès lors la sphère individuelle à l'intérieur de laquelle l'assurance permettait l'indemnisation au cas par cas. Alors qu'il pouvait selon la première éventualité n'intéresser essentiellement que l'assurance privée, le risque global soulève inévitablement des choix de gestion et d'administration publique même en présence de techniques alternatives ou complémentaires d'assurance privée<sup>370</sup>. En partant de la prémisse que les entreprises et les assureurs privés ne peuvent fournir une couverture sans faille concernant les risques contemporains, et dans la mesure où le secteur privé rencontre des

---

coverage where it seemed to threaten their viability as a profitable business ». Voir R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, p. 156.

<sup>368</sup> Voir notamment S. CHEMARIN, préc., note 303, 147 ; M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247 ; O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224. Des débats existent toutefois au sujet de la capacité des acteurs privés de prendre entièrement en charge l'indemnisation des risques contemporains, sans l'aide des acteurs publics. Voir *Id.*, p. 431. À cet égard, Claude Henry et Erwann Michel-Kerjan considèrent qu'« [a]ucun argument ne semble pouvoir être avancé de manière complètement convaincante quand à la capacité illimitée du seul secteur privé à faire face à des sinistres aux conséquences catastrophiques. On peut d'ailleurs observer une attitude de retrait des assureurs privés vis-à-vis certaines catégories de risques ». Voir *Id.*, p. 432.

<sup>369</sup> M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 219.

<sup>370</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 368.

limites au niveau de ses capacités financières, des mesures étatiques semblent incontournables pour ne pas laisser les victimes potentielles des risques sans filet de sécurité. Il s'agit maintenant de voir de quelle manière une participation de l'État peut être mise à contribution. L'intervention gouvernementale dans la gestion des risques n'est pas exclusivement dans l'institution d'assurances publiques, de système de sécurité sociale ou de partenariats avec les assureurs (I) ; elle se manifestera également à travers l'adoption de mesures, notamment par voie législative, afin d'encadrer la pratique de l'assurance (II).

## **I. L'indemnisation**

Plusieurs scénarios sont envisageables concernant la participation de l'État<sup>371</sup> dans l'indemnisation des risques qui se trouvent en deçà de la limite de l'assurance privée, ou encore afin de permettre aux assureurs de continuer à les couvrir au moins partiellement. Il est pertinent de les présenter en gardant à l'esprit leurs avantages et désavantages, la participation possible du secteur privé, et leurs limites fonctionnelles respectives<sup>372</sup>. Dans cette section, étant donné la nature économique de la limite de l'assurance, il sera question de présenter les arguments économiques principaux concernant l'implication du secteur public dans la gestion des risques (a), pour ensuite préciser en quoi consiste le régime de sécurité sociale (b), et enfin considérer la participation entre les secteurs privé et public (c).

### **a. La pertinence de l'implication du public**

Dans une perspective économique et financière, Henry et Michel-Kerjan dénombrent plusieurs arguments militant en faveur d'une intervention gouvernementale en matière d'indemnisation des risques contemporains<sup>373</sup>. Le premier tient à ce que l'État puisse tenir compte du fait que l'imprévoyance des citoyens peut les mener à ne pas s'assurer contre

---

<sup>371</sup> Il est à noter que la participation de l'État doit se faire conformément au droit applicable, et notamment au partage constitutionnel des compétences entre le fédéral et le provincial, aux lois régissant ses pouvoirs de dépenser (par exemple la *Loi sur l'administration financière*, R.L.R.Q., c. A-6.001, s'applique au Gouvernement du Québec), etc. Nous ne présentons pas ce cadre de manière exhaustive, et y référerons tout au plus à titre d'illustration de notre argumentation.

<sup>372</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 432.

<sup>373</sup> *Id.*, p. 433.

certaines risques, et ainsi prendre des mesures pour leur garantir une sécurité accrue. Les entreprises feraient un usage différent des statistiques à cet égard. N'ayant pas d'obligation de maintenir la sécurité de l'ensemble de la population, elles utiliseraient plutôt ces données afin de peaufiner leurs stratégies d'affaires<sup>374</sup>. En deuxième lieu, puisque la question de la solvabilité des acteurs privés est un enjeu central, différentes solutions peuvent être envisagées par l'autorité publique afin d'accroître la garantie d'indemnisation face aux assurés, notamment en énonçant des obligations de solvabilité auxquelles les assureurs devront se conformer. Enfin, la différenciation des tarifs qu'opèrent les assureurs privés est susceptible d'entraîner des primes élevées pour certains risques par rapport auxquels les preneurs ne feraient que subir les conséquences sans avoir le pouvoir d'en changer l'occurrence, ce qui remet en perspective le montant qu'il est juste de payer pour être assuré. À ce niveau, l'État peut, par souci éthique, intervenir afin que cette prime totalise un montant qu'il considèrera acceptable.

Un État qui assumerait entièrement la gestion de certains risques représenterait, selon Henry et Michel-Kerjan, les avantages suivants<sup>375</sup>. Comme le secteur public a un *pouvoir de redistribution des richesses* accru, les coûts d'indemnisation peuvent être échelonnés dans le temps, et la participation des individus peut se faire sur une base intergénérationnelle en vertu d'un principe de solidarité nationale. L'État a par ailleurs la possibilité de *diversifier les risques*, et de regrouper ceux dont les sources ne sont pas fortement corrélées. Ensuite, les assurances publiques, ne répondant pas directement aux lois du marché, pourraient offrir des conditions plus avantageuses que dans le privé, notamment en fonction de *subventions des primes* qui seraient accordées par l'État. Puis, le pouvoir législatif du gouvernement lui donne l'opportunité d'attribuer un *caractère obligatoire* à certains types d'assurance, ce qui permet notamment de parer au *risque de charité*, soit « la tendance d'un individu à risque de ne pas se couvrir par l'achat d'une assurance puisqu'il compte sur la charité [...] des programmes d'indemnisation

---

<sup>374</sup> Les tenants de la gouvernance pourraient ici avoir des arguments à invoquer au sujet de l'intégration de certaines valeurs sociales dans la conduite des entreprises privées. Nous y reviendrons dans la deuxième partie.

<sup>375</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 434-435. Pour les fins du présent mémoire, nous nous limitons à reprendre les avantages tels qu'énumérés par ces auteurs.

gouvernementaux »<sup>376</sup>. Enfin, pour diverses raisons, il est possible que l'État ait accès à une banque d'informations plus garnie que les compagnies d'assurance, notamment lorsque celles-ci, ayant refusé d'assurer un risque, s'en sont désintéressées<sup>377</sup>.

En contrepartie, une gestion exclusivement publique des risques comporterait selon ces mêmes auteurs certains désavantages<sup>378</sup>. Entre autres, l'autorité publique doit énoncer des critères donnant ouverture aux indemnisations prévues, lesquels sont susceptibles de ne pas être assez précis lorsque vient le moment de la distribution des sommes. Ensuite, la multitude de réglementations qu'un tel type de régime nécessite implique évidemment des fardeaux administratifs supplémentaires, et est perpétuellement sujette à devenir désuète ou superfétatoire<sup>379</sup>. En outre, l'institution d'un régime d'assurance sociale peut engendrer une augmentation de l'aléa moral, le recours aux avantages assurantiels étant plus sollicités par les citoyens lorsqu'ils sont issus d'une politique gouvernementale<sup>380</sup>.

Selon Chemarin, la mutualisation des risques constituerait la pierre angulaire d'une articulation de la gestion des risques entre le secteur privé et le secteur public<sup>381</sup>. Partant de leur analyse, elle formule trois types d'intervention étatique qui sont possibles dans la

---

<sup>376</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 437. L'auteur cite ici les propos de M.J. Browne et R.E. Hoyt.

<sup>377</sup> N. DE MARCELIS-WARIN et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 336, 6. Voir également R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, 164-165.

<sup>378</sup> O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 438-440.

<sup>379</sup> *Id.*, p. 439 : « Comme le souligne Jean-Charles Rochet, "une entreprise inefficace, un produit inadapté aux besoins des consommateurs disparaissent rapidement sous la pression de la concurrence. Quand une réglementation est inadaptée ou obsolète, il est très rare qu'elle disparaisse. Dans la plupart des cas, on lui adjoint une nouvelle réglementation qui la rend redondante ou parfois, au contraire, inapplicable" ». Dans le cadre de la présente recherche, le corpus réglementaire n'a pas fait l'objet d'une étude approfondie afin de relever redondances ou incohérences. Néanmoins, nous pouvons certainement constater que le nombre de règlements n'est pas minime, ce qui laisse place à des chevauchements engendrant certaines apories juridiques. En outre, les normes juridiques applicables sont de moins en moins enchassées dans la loi et les règlements, mais tendent plutôt à découler de nouveaux modes de régulation. Voir D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », préc., note 37. Ce phénomène n'est pas sans liens avec la forte popularité que connaît la doctrine de la gouvernance dans la régulation de l'action public et des entreprises, et qui correspond en plusieurs points au discours néolibéral. Nous aborderons cet aspect plus loin.

<sup>380</sup> M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 215. Des options permettant de réduire l'aléa moral sont discutées dans les pages suivantes, dont celle constituant à régler la prime en fonction du risque, et laisser à la charge de l'assuré une certaine part des risques, au moyen d'une franchise par exemple.

<sup>381</sup> S. CHEMARIN, préc., note 303, 169. Rappelons que la mutualité était l'une des caractéristiques de l'assurance alpine.

gestion des risques<sup>382</sup>. Premièrement, l'autorité publique peut institutionnaliser la solidarité nationale en rapatriant un risque exclusivement sous sa gouverne et mutualisant le système d'indemnisation parmi la population (b). Deuxièmement, il peut réagir au nom de la solidarité nationale en laissant le secteur privé les prendre en charge tout en se portant garant de leur solvabilité, au moyen de prêts accordés aux assureurs en difficulté par exemple (c). Dernièrement, il peut arranger la solidarité nationale en déterminant par voie réglementaire la participation de chacun des acteurs du privé et du public, aspect qui sera notamment abordé dans la sous-section II.

## **b. La sécurité sociale**

Certains risques seront caractérisés de *risques sociaux*, et feront l'objet d'une couverture assurantielle qui s'étendra à toute la population nationale<sup>383</sup>. Cette protection contre les risques, très connue en France sous l'appellation de *sécurité sociale*<sup>384</sup>, « représente l'affranchissement des pratiques du risque des contraintes de la responsabilité juridique; l'accomplissement d'une des virtualités des pratiques du risque, la virtualité solidariste »<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> *Id.*, 167.

<sup>383</sup> La nature des risques dits *sociaux* relève d'une tautologie selon Ewald, puisque les risques sont « risques sociaux » lorsqu'ils font l'objet de cette couverture assurantielle nationale qu'est la *sécurité sociale*. C. Pollak propose néanmoins quatre critères qui permettraient de définir objectivement les risques qui auraient un potentiel de *risque social*. Voir C. POLLAK, préc., note 53. Selon elle, « La définition tautologique habituelle [...] atteint clairement ses limites lorsqu'il s'agit de reconnaître de "nouveaux risques sociaux" ». Voir *Id.*, par. 20. Au sujet de la notion de risque social en droit québécois, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 814 et suiv.

<sup>384</sup> À nouveau, la présentation du régime de sécurité sociale ne se veut pas exhaustive, et ne vise qu'à fournir le contexte requis afin de poursuivre la réflexion en ayant une idée générale de la notion. Nous réfèrons notamment le lecteur à des ouvrages concernant la sécurité sociale, le droit social et la justice administrative pour de plus amples informations. Notons que des programmes de sécurité sociale existent autant au palier fédéral que provincial, selon le partage des pouvoirs prévus à la *Loi constitutionnelle de 1967*, 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91 et 92. Il y a parfois même collaboration entre les deux, par exemple dans le cas des Transfert canadien en matière de santé et le Transfert canadien en matière de programmes sociaux. Voir la partie V.1 « Transfert canadien en matière de santé, transfert canadien en matière de programmes sociaux et transfert visant la réduction des temps d'attente » de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1985, c. F-8.

<sup>385</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 395. Au Québec, la notion de « sécurité sociale » serait moins englobante : « Y sont comprises les interventions de l'État assurant aux individus un appoint financier lorsque leurs ressources ne suffisent pas à satisfaire les besoins que la société juge fondamentaux et celle dont l'objet est de remplacer le revenu des personnes ayant perdu leur capacité de gain en raison de situations telles que le chômage, la maladie, l'invalidité, la maternité, l'âge ou le décès du soutien de famille ». Voir R. AUCLAIR et P. ISSALYS, « Le revenu minimum garanti et les problèmes juridiques de sa mise en œuvre », (1991) 32-3 *C. de D.* 643, 665. Nous incluons toutefois sous ce titre les mesures de sécurité sociale dans un sens plus étendu, puisque les interventions de l'État en matière de gestion de risque nous semblent



Selon la position de la Banque mondiale : « la gestion du risque [...] repose sur trois institutions protectrices, à savoir le marché, la famille et les autorités publiques. Le risque social est perçu comme celui de ne plus pouvoir se reposer sur les deux premières, ce qui conduit à préconiser une intervention de l'État en dernier ressort »<sup>386</sup>. L'approche de « gestion du risque social » peut toutefois s'entendre de manière beaucoup plus large, et inclure l'adoption de politiques de prévention concernant potentiellement « tous les risques conduisant à des pertes de bien-être »<sup>387</sup>. La délimitation des risques sociaux, qui procède généralement par l'établissement de seuils, est nécessairement le fruit d'une politique étatique; à ce niveau, la société devient à l'évidence autoréférentielle<sup>388</sup>. La sécurité sociale se voudrait en principe à l'antipode de la rationalité strictement économique, puisqu'elle se justifie en fonction de la solidarité sociale<sup>389</sup>.

Certains pourront s'opposer à ce que la sécurité sociale soit définie autour de la notion de *risque* social. On peut croire qu'à cela s'ajoute la relative confusion avec laquelle les notions utilisées pour décrire les régimes de protection sociale sont employées, dont l'expression « assurance sociale » qui nous semble être celle qui serait préférée pour parler de mécanismes qui ne sont finalement guère assurantiels au sens strict du terme<sup>390</sup>. Un système de sécurité sociale n'a pas impérativement à intégrer une rationalité proprement

---

inévitavelmente avoir un lien avec la sécurité sociale. En ce sens, « [l]a sécurité sociale désigne l'ensemble des institutions au moyen desquelles sont opérées, dans un État, un prélèvement de ressources financières et une redistribution de ces ressources sous forme de prestations visant à protéger individuellement les membres de la collectivité étatique contre les effets de certains événements susceptibles de diminuer leur niveau de vie ou de compromettre leur capacité de pourvoir à leur propre subsistance ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 815. Il n'est donc pas anormal de constater un écart entre la forme de ces institutions d'un État à l'autre, ce qui dénote un choix politique.

<sup>386</sup> C. POLLAK, préc., note 53, par. 8.

<sup>387</sup> *Id.*, par. 10.

<sup>388</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 402.

<sup>389</sup> *Id.*, p. 403.

<sup>390</sup> P. Issalys précise que certains aspects du régime d'assurance-chômage, lequel est qualifié d'assurance sociale, ont déjà soulevé des questionnements au niveau de sa logique assurantielle, notamment en raison du partage des compétences entre les paliers fédéral et provincial. En effet, le fédéral a une compétence exclusive en matière d'assurance-chômage. Voir la *Loi constitutionnelle de 1967*, 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91 et 92. « Dans tous les cas, la Cour suprême a soit validé l'extension du domaine matériel de l'"assurance-chômage" attribué au Parlement fédéral, soit considéré que celui-ci pouvait valablement traiter la situation en cause dans l'exercice de son pouvoir de dépenser, tout en faisant passer son intervention par le canal du régime d'assurance-chômage ». Voir P. ISSALYS, « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression », (2009) 50 *C. de D.* 825, 881, référant notamment à *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996; *YMHA Jewish Community Center of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, [2005] 2 R.C.S. 669; *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, [2008] 3 R.C.S. 511.

assurantielle, et ne requiert pas l'utilisation de la technologie du risque. Ses objectifs ne sont d'ailleurs pas exactement les mêmes que ceux de l'assurance<sup>391</sup>, et son champ dépasse celui des *risques* sociaux<sup>392</sup>. En réalité, on pourrait regrouper les « techniques de sécurité sociale » en quelques catégories distinctes : l'assurance sociale, les transferts universels, l'indemnisation sociale, l'assistance sociale, la garantie de revenu<sup>393</sup>.

L'assurance sociale<sup>394</sup> n'est donc qu'une technique parmi d'autres afin de pourvoir à la population des services de sécurité sociale. Son caractère « assurantiel » découle du fait qu'il s'agit d'« un mécanisme [qui] permet le partage des risques et établit un rapport entre les prestations et les cotisations, les gains ou la participation antérieurs »<sup>395</sup>. Ce système nécessite, tout comme l'assurance privée, une certaine prévision et prévoyance, ce qui implique de circonscrire les risques couverts et l'indemnisation qui peut être attribuée<sup>396</sup>. La cotisation perçue de chaque individu couvert par une assurance sociale est versée dans une caisse spécifiquement dédiée à cet effet. Les prestations seront généralement évaluées en fonction des cotisations ainsi versées<sup>397</sup>. Or, similairement à ce qui se produit en assurance privée, le taux de cotisation devrait normalement « découler rigoureusement du coût

---

<sup>391</sup> Ils s'inscriraient réellement dans une optique de redistribution sociale des richesses, d'assistance, de gratuité de services, de prévoyance, etc. Voir C. POLLAK, préc., note 53.

<sup>392</sup> *Id.*, par. 13-14. L'auteure soulève également que certains critiqueront les connotations négatives reliées à l'utilisation du terme même de *risque*.

<sup>393</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 646. Voir également P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 818 à 838. Les prestations de promotion sociale et les prestations d'assurance agricole font également partie de ces techniques, mais ne seront pas détaillées ici. Pour plus de détails, voir *Id.*

<sup>394</sup> Pour des exemples de régimes d'assurance sociale, voir : *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 157 ; *Loi concernant l'assurance emploi au Canada*, L.C. 1996, c. 23 ; *Loi sur l'assurance parentale*, R.L.R.Q., c. A-29.011 ; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, R.L.R.Q., c. R-9 ; *Loi instituant au Canada un régime général de pensions de vieillesse et de prestations supplémentaires payables aux cotisants et à leur égard*, L.R.C. 1985, c. C-8. Notons que certaines mesures peuvent également viser des domaines auquel on ne pense pas immédiatement lorsqu'il est question de sécurité sociale, comme la *Loi sur l'assurance-récolte*, R.L.R.Q., c. A-30, laquelle vise à « indemniser un producteur contre les risques incontrôlables suivants, qui ne sont pas imputables à l'intervention humaine et dont la réalisation cause une perte de rendement à sa récolte », dont la neige, la grêle, les ouragans, l'excès de pluie, l'excès de vent, etc. Voir *Id.*, art. 24.

<sup>395</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 666. Pour une description plus détaillée des éléments qui sont communs à l'assurance sociale et l'assurance privée, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 819-820.

<sup>396</sup> P. ISSALYS, préc., note 390, 879.

<sup>397</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 382, 666. Voir également P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 820. À titre d'exemple, voir le titre III « Des cotisations » et le titre IV « Des prestations » de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, préc., note 391. Notons que l'État, bien qu'il puisse décider d'injecter également des fonds dans le régime d'assurance, pourrait ne pas participer financièrement et n'instituer que le cadre légal.

prévisible d'une indemnisation donnée, établi en fonction de données actuarielles »<sup>398</sup>. La protection offerte par une assurance sociale peut comprendre le versement de prestations sur une durée plus ou moins longue selon le régime établi<sup>399</sup>. L'institution d'un tel régime nécessiterait que soit mise en place une structure administrative relativement complexe qui ne rendrait pas la tâche facile à un individu qui souhaiterait connaître le montant qu'il serait susceptible de toucher<sup>400</sup>. En outre, les couvertures prévues ne bénéficieraient pas nécessairement à toutes les victimes potentielles, et les prestations fournies seraient dans certains cas loin d'être suffisantes aux besoins des individus<sup>401</sup>. Sauf stipulation contraire, il demeure possible de contracter une police d'assurance plus avantageuse concernant un risque donné<sup>402</sup>.

À la différence de l'assurance sociale, les transferts universels sont généralement disponibles à tout citoyen, ou à un groupe donné, caractérisé pas son âge par exemple<sup>403</sup>. Le versement des indemnités ne se fait pas en fonction de l'ampleur des cotisations qui peuvent avoir été versées par un individu ou encore par rapport au montant de son revenu : « [l]'équité horizontale est absolue, quoique rudimentaire, puisque tout le monde est traité de la même façon »<sup>404</sup>. Cette méthode serait très coûteuse pour l'État, et est financée via

---

<sup>398</sup> P. ISSALYS, préc., note 390, 880.

<sup>399</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 666. Les auteurs distinguent le type d'assurance à court terme qui offre une couverture temporaire, comme le chômage ; le type à long terme, qui vient soutenir les individus dont la situation nécessite un support de longue durée ou permanent, comme fournit l'assurance invalidité ; finalement, le troisième scénario est l'assurance qui offre une indemnisation aux victimes de type d'accidents particuliers, selon leur situation, comme les accidents de travail. Notons que bien que nous ayons présenté les développements de l'assurance en France, le régime applicable au Québec peut avoir eu des influences diverses, et notamment britanniques. Par exemple, l'assurance-chômage implantée au Canada tirerait ses origines des lois d'assurance sociale de Grande-Bretagne de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Voir P. ISSALYS, préc., note 390, 831.

<sup>400</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 669.

<sup>401</sup> *Id.*, 669. Pour pouvoir toucher une indemnité, l'individu ne devrait généralement pas avoir participé à l'aggravation du risque, par exemple en quittant volontairement son emploi dans le cadre de l'application de l'assurance-chômage. Voir P. ISSALYS, préc., note 390, 880.

<sup>402</sup> Par exemple, l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, R.L.R.Q., c. A-28 prévoit qu'un assureur ne peut conclure ou maintenir de contrat d'assurance comportant certaines garanties.

<sup>403</sup> Il s'agirait d'une technique très utilisée au Canada, notamment en matière de soins de santé. Voir R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 670. Il peut y avoir certaines formalités à remplir, et certaines exceptions pourraient s'appliquer. Néanmoins, le bassin de personne à qui s'adresse cette protection sociale est très large et n'a généralement pas de critères de sélection ou d'exclusion. Nous croyons que la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, R.L.R.Q., c. I-6 fait partie de cette catégorie, et pourrait s'appliquer en cas de catastrophe terroriste.

<sup>404</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 670. Ainsi, les transferts universels reposent sur l'idéal d'universalité, puisqu'il ne s'agit pas d'une technique contributive ; « [p]lus qu'aucune autre technique de

l'imposition des particuliers<sup>405</sup>. Dans le même sens, l'indemnisation sociale n'est pas une technique contributive. Elle a pour objet d'attribuer une indemnisation visant à réparer certains préjudices dont l'État se porte responsable en vertu de son rôle de « garant de l'ordre social et de la sécurité des personnes »<sup>406</sup>. En ce qui concerne l'assistance sociale, elle « comprend l'accès gratuit à certains biens et services normalement payants, relatifs à la santé, aussi bien qu'une aide financière »<sup>407</sup>. Puisque cette méthode procède à une analyse plus approfondie de la situation factuelle et financière de l'individu qui requiert de l'assistance, elle peut être de manière générale moins coûteuse puisqu'elle ne sera accordée qu'à ceux qui satisfont certains critères. Toutefois, les mécanismes de contrôle afin de limiter les abus peuvent être dispendieux à déployer, sans mentionner les intrusions dans la vie privée des individus bénéficiant d'assistance et les stigmates qui s'attachent à ce statut<sup>408</sup>. Enfin, il existe des techniques qui viennent garantir le revenu dans certaines circonstances<sup>409</sup>, principalement en attribuant des prestations particulières à des individus ou des familles dont le revenu est sous un certain seuil<sup>410</sup>, ou encore en versant uniformément des prestations à ceux qui rempliraient les critères d'attribution<sup>411</sup>. La garantie de revenu peut être complémentaire à d'autres techniques de sécurité sociale, ou encore venir se substituer complètement à celles-ci<sup>412</sup>.

---

sécurité sociale, le transfert universel est ainsi investi d'une forte charge politique ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 822.

<sup>405</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, 667 et 670.

<sup>406</sup> Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 824. Par exemple, ces indemnisations comprennent les pensions versées aux militaires, les indemnités aux victimes d'accident de chasse, aux sauveteurs et auteurs d'actes de civisme, etc. Voir *Id.*, p. 825-826.

<sup>407</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 385, p. 670. Voir notamment la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, R.L.R.Q., c. A-13.1.1. Par ailleurs, la *Loi sur la sécurité civile*, R.L.R.Q., S-2.3, prévoit également des mesures en cas de sinistre majeur, soit « un événement dû à un phénomène naturel, une défaillance technologique ou un accident découlant ou non de l'intervention humaine, qui cause de graves préjudices aux personnes ou d'importants dommages aux biens et exige de la collectivité affectée des mesures inhabituelles, notamment une inondation, une secousse sismique, un mouvement de sol, une explosion, une émission toxique ou une pandémie », ou de sinistre mineur, soit « un événement exceptionnel de même nature qu'un sinistre majeur mais qui ne porte atteinte qu'à la sécurité d'une ou de quelques personnes ». Voir l'article 1 de cette loi. La deuxième section du chapitre VII de cette loi attribue la compétence au gouvernement de prévoir des programmes généraux d'aide financière. Au sujet de l'assistance sociale, voir également P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 830 et suiv.

<sup>408</sup> R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 382, 671.

<sup>409</sup> Par exemple, voir la partie II « Supplément de revenu mensuel garanti » de la *Loi pourvoyant à la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9.

<sup>410</sup> Il s'agit d'*impôts négatifs*. Voir R. AUCLAIR et P. ISSALYS, préc., note 382, 667.

<sup>411</sup> On parle alors de *dividendes sociaux*. Voir *Id.*, 668.

<sup>412</sup> *Id.*, 673. À propos de la garantie de revenu, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 826-830.

### c. Les partenariats entre l'assurance privée et le secteur public

Si le secteur privé n'est pas apte à prendre entièrement en charge l'indemnisation des risques contemporains, certains diront qu'une gestion strictement publique des risques serait tout aussi irréaliste<sup>413</sup>. Cette impuissance relative de chacun des systèmes face aux risques explique pourquoi l'option d'une collaboration du privé et du public est souvent envisagée. La composition d'un tel partenariat peut évidemment connaître d'innombrables variantes, selon les préoccupations des divers acteurs<sup>414</sup>. Jusqu'à ce jour, la question de la participation gouvernementale aurait souvent été présentée sous l'angle d'une roue de secours à l'assurance privée. Le Comité Européen des Assurances (CEA) aborde quant à lui une perspective différente, soit celle d'une participation dynamique entre le secteur privé et public<sup>415</sup>.

Selon ce comité, les partenariats entre les assureurs et l'État ne seront couronnés de succès qu'à certaines conditions<sup>416</sup>. D'entrée de jeu, l'établissement d'un dialogue entre le privé et le public est essentiel afin d'assurer une compréhension de leurs principes fondateurs et de leurs limites respectives. L'État doit en outre bien comprendre et respecter les principes qui gouvernent l'assurance privée afin de maintenir la viabilité du marché de l'assurance privée qui, rappelons-le, n'obéit pas aux mêmes impératifs que celui de la sécurité sociale institutionnalisée<sup>417</sup>. Le CEA soulève également les avantages générés par une saine compétition parmi les différents joueurs du secteur privé, qui ne sera possible que si les règles imposées par l'État sont les mêmes pour tous. Du reste, selon lui, la réglementation ne devrait pas être trop intrusive dans le fonctionnement de l'assurance privée, qui bénéficie

---

<sup>413</sup> N. DE MARCELIS-WARIN et E. MICHEL-KERJAN, préc., note 336, 2.

<sup>414</sup> Pour un exemple théorique d'une structure de partenariat, voir *Id.*, 7-24 ; Pour des exemples de partenariats concrets, voir *Id.*, 24-28 et O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 440-461 ; COMITÉ EUROPÉEN DES ASSURANCES, *Between Public and Private. Insurance solutions for a changing society*, 2005, p. 11-12

<sup>415</sup> Voir *Id.* Ses propositions s'inscrivent dans une volonté de repenser le modèle de l'État providence – ou de ses reliquats – et de déterminer dans quelle mesure l'assurance privée peut apporter un souffle nouveau dans la conception d'un système de sécurité sociale. Voir *Id.*, p. 5.

<sup>416</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>417</sup> Alors que nous avons souligné que l'intervention du secteur public, s'articulant autour d'un principe apparenté à la mutualité, donc à la tradition alpine, l'assurance privée est plutôt calquée sur la tradition maritime que nous avons décrite plus tôt. Selon S. Lanctôt et P. A. Melançon, le contrat d'assurance entretiendrait une « ressemblance marquante » avec le *prêt à la grosse aventure* qui a marqué la tradition maritime. Voir S. LANCTÔT et P. A. MELANÇON (dir.), préc., note 248, p. 14-15.

d'une grande marge de manoeuvre au sein d'un libre marché. L'encadrer trop restrictivement risquerait de priver le partenariat des avantages que cette marge pourrait lui apporter. Puis, il faudrait se garder de croire que les assurances privées puissent fonctionner sur le même modèle que le système public de sécurité sociale. Les assureurs auraient besoin de temps, aux dires du CEA, afin d'établir les mécanismes assurantiels appropriés au partenariat envisagé. Enfin, dans la mesure du possible, les acteurs privés et publics devraient se donner comme mission de prévenir la survenance de sinistres. L'on peut retenir de la position du CEA que le point de vue des assureurs à l'égard de partenariats implique essentiellement que l'État s'adapte à son mode de fonctionnement.

En bref, nous avons vu que la prise en charge des risques exclusivement par le secteur public comporte certains avantages, mais également plusieurs inconvénients qui militent pour l'instauration d'un système de sécurité sociale ou encore de partenariats avec le privé. Dans tous les cas, les activités des assureurs privés ne s'en trouverait pas directement affectée, ou, dans le cas de partenariats, le serait dans la moindre mesure possible. Au-delà de la manière dont la prise en charge des risques par le secteur public prend forme dans une société donnée, cela nous mène à conclure que la prise en charge des risques ne peut être analysée strictement du point de vue de l'intervention étatique, ni de celui des entreprises. La gestion des risques doit aussi être analysée à l'aune de l'équilibre qui se crée entre ces deux pôles, privé et public. À cet égard, la participation étatique par l'encadrement de la gestion des risques par l'assurance joue un rôle significatif dans la détermination de ce point d'équilibre.

## **II. L'encadrement législatif de l'assurance privée**

En vertu de son pouvoir législatif, l'État a la possibilité d'encadrer la pratique de l'assurance privée afin d'atteindre divers objectifs<sup>418</sup>. Nous avons d'ailleurs vu que cet encadrement pourrait dans certains cas constituer une limite à l'assurance d'un risque. À cet égard, nous

---

<sup>418</sup> L'assurance, n'est pas une compétence exclusive au palier fédéral ou provincial, hormi l'assurance-chômage qui est de compétence fédérale. Ainsi, les deux paliers sont susceptibles de venir encadrer certaines matières qui toucheront directement ou indirectement à l'assurance selon leurs compétences respectives. Voir la *Loi constitutionnelle de 1967*, préc, note 384, art. 91 et 92.

présenterons quelques-unes des grandes lignes de ce cadre législatif.

D'abord, l'industrie de l'assurance est régie par la *Loi sur les assurances*<sup>419</sup>, en vertu de laquelle l'assureur est :

[...] quiconque, directement ou indirectement, s'annonce comme assureur ou agit à ce titre, émet un contrat d'assurance ou s'engage à en émettre un, touche des primes, cotisations, ou autres sommes en vertu d'un tel contrat ou en vue de verser des secours mutuels ou s'engage à payer des prestations d'assurance ou de secours mutuels, mais à l'exclusion de tout syndicat professionnel autorisé à exercer les pouvoirs prévus au paragraphe 1° de l'article 9 de la *Loi sur les syndicats professionnels* (chapitre S-40) et de toute personne qui, en matière d'assurance, n'offre ou ne conclut que des contrats de garantie supplémentaire en vertu desquels elle s'engage envers une autre personne à assumer directement ou indirectement, en tout ou en partie, le coût de la réparation ou du remplacement d'un bien ou d'une partie d'un bien advenant leur défectuosité ou leur mauvais fonctionnement.<sup>420</sup>

Comme nous l'avons déjà mentionné, il faut prendre garde de confondre l'assureur au sens de cette loi et celui du *Code civil du Québec*; la notion est ici plus large, et les compagnies d'assurance ne sont pas limitées à la conclusion de *contrats d'assurance* : « [o]utre les activités d'assurance, une compagnie d'assurance a pour objet de fournir des produits et services financiers conformément à la loi »<sup>421</sup>. Une grande partie des dispositions de la *Loi sur les assurances* encadre le mode de constitution des *entreprises* d'assurance<sup>422</sup>. C'est dans la seconde grande partie de la loi que les pratiques des assureurs sont plus spécifiquement visées<sup>423</sup>. Pour agir à titre d'assureur, ces personnes morales ainsi constituées doivent y être autorisées et être titulaire d'un permis d'exercice émis par l'Autorité des marchés financiers (l'AMF)<sup>424</sup>. De plus, elles devront s'assurer que leurs activités demeurent conformes à la loi. L'assureur doit notamment adopter des pratiques de

---

<sup>419</sup> Préc., note 251. Son pendant fédéral en ce qui concerne la constitution des sociétés d'assurance est la *Loi sur les sociétés d'assurance*, préc., note 251.

<sup>420</sup> *Id.*, art. 1. Le soulignement est un ajout.

<sup>421</sup> *Loi sur les sociétés d'assurance*, préc., note 251, art. 33.1. Le soulignement est un ajout.

<sup>422</sup> Voir le titre III « Les entreprises d'assurance », qui compte autour de 200 articles. On verra notamment que la compagnie d'assurance est aussi encadrée par la *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1, art.1. Voir aussi *Loi sur les assurances*, préc., note 252, art. 20. La formation des compagnies d'assurance est encadrée par les articles 20 à 33, et les articles 34 à 66.1.6 concernent leur administration. Des règles spécifiques s'appliquent en matière de sociétés mutuelles d'assurance (*Id.*, art. 93.2-93.120), de fédérations de sociétés mutuelles d'assurance (*Id.*, art. 93.121-93.217), de fonds de garantie (*Id.*, art. 93.218-93.273), de sociétés de secours mutuels (*Id.*, art. 94-174) et d'ordres professionnels (*Id.*, art. 174.1-174.18).

<sup>423</sup> Voir le titre IV « Le contrôle de l'assurance privée », qui comprend également environ 200 articles.

<sup>424</sup> *Loi sur les assurances*, préc., note 251, art. 201, al.1. L'alinéa 2 prévoit des exceptions en faveur des *Lloyd's* et des assureurs délivrant des contrats d'assurance réciproques et qui sont constitués en vertu d'une loi non québécoise.

gestion saine et prudente<sup>425</sup> : se conformer à des obligations de solvabilité<sup>426</sup>, effectuer des vérifications comptables de ses livres et comptes<sup>427</sup>, désigner un actuaire qui aura notamment pour fonction de prendre position relativement aux transactions et activités de l'assureur et de l'impact sur sa situation financière<sup>428</sup>, etc.

Alors que la *Loi sur les assurances* traite des entreprises et de leurs pratiques, la *Loi sur la distribution de produits et de services financiers*<sup>429</sup> comprend une série d'obligations pour les différents acteurs qui ont un rôle dans la distribution des produits et services financiers. Entre autres, cette loi encadre le comportement des acteurs comme les représentants en assurances, les experts en sinistre et les planificateurs financiers dans leurs relations avec les *consommateurs* de produits et de services financiers, dont des produits et services d'assurance<sup>430</sup>. Un fonds d'indemnisation est institué par cette loi afin d'offrir une indemnisation à ceux qui seraient victimes de fraude, de manoeuvres dolosives ou de détournements de fonds de la part d'un acteur visé<sup>431</sup>.

En matière d'assurances, l'Autorité des marchés financiers est le mandataire de l'État qui contrôle les activités des assureurs et exerce les fonctions et pouvoirs qui lui sont assignés ou dévolus en vertu de la *Loi sur les assurances*<sup>432</sup>. De manière générale, sa mission est de :

[...] veiller à ce que les institutions financières et autres intervenants du secteur financier respectent les normes de solvabilité qui leur sont applicables et se conforment aux obligations que la loi leur impose en vue de protéger les intérêts des consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers et prendre toute mesure prévue à la loi à ces fins [.]<sup>433</sup>

---

<sup>425</sup> *Loi sur les assurances*, préc., note 251, art. 222.1 et 222.2. Il existe toute une série de lignes directrices en matière de « gestion saine et prudente » qui, sans avoir force de loi, peuvent fournir des informations utiles aux assureurs, entre autres relativement aux attentes de l'AMF. Voir <http://www.lautorite.qc.ca/fr/lignes-directrices-assureurs-pro.html>. Toutefois : « La personne morale ou la société qui ne se conforme pas aux lignes directrices est, pour l'application de l'article 325.5, présumée ne pas suivre des pratiques de gestion saine et prudente ». Voir *Id.*, art. 325.0.3.

<sup>426</sup> Par exemple, l'article 269 de la *Loi sur les assurances*, traite de la suffisance des placements de l'assureur, l'article 275 de la suffisance de ses actifs, l'article 275.3 de la suffisance de ses liquidités, l'article 277 de la suffisance de ses provisions et réserves.

<sup>427</sup> *Id.*, art. 291-298.2.1.

<sup>428</sup> *Id.*, art. 298.3-298.18.

<sup>429</sup> Préc., note 252.

<sup>430</sup> *Loi sur la distribution de produits et de services financiers*, préc., note 251, art. 26-69.

<sup>431</sup> *Id.*, art. 258-283.

<sup>432</sup> *Loi sur les assurances*, préc., note 251, art. 211.

<sup>433</sup> *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, R.L.R.Q., chapitre A-33.2, art. 4, par. 2.



Outre son rôle en ce qui concerne le processus de constitution d'une entreprise d'assurance, l'AMF a notamment des pouvoirs d'inspection et d'enquête qui lui permet de s'acquitter de ses devoirs<sup>434</sup>. Elle est notamment chargée de délivrer les permis d'assureur<sup>435</sup>. Parmi ses pouvoirs, elle pourrait par exemple exiger d'un assureur qui n'adopte pas des pratiques de gestion saines et prudentes, qu'il cesse une conduite ou qu'il prenne certaines mesures qu'elle lui indiquerait<sup>436</sup>. Elle a également la possibilité d'annuler une transaction qui serait non conforme à la *Loi sur les assurances*<sup>437</sup>. L'AMF applique également la *Loi sur la distribution de produits et de services financiers*, et a ainsi « pour mission de veiller à la protection du public relativement à l'exercice des activités régies par [cette] loi »<sup>438</sup>. Les pouvoirs de l'AMF ne se résument toutefois pas à la protection du public, mais doivent également être exercés de manière à promouvoir le développement de l'industrie de l'assurance<sup>439</sup>.

Au terme de cette brève – et définitivement non exhaustive – présentation du cadre législatif institué par l'État en matière d'assurance, nous constatons que l'intervention de l'État en matière d'assurance a un double objectif de permettre que l'industrie de l'assurance puisse s'adapter aux réalités contemporaines tout en offrant des protections aux

---

<sup>434</sup> *Loi sur les assurances*, préc., note 251, art. 10 et 15; *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, préc., note 433, art. 9 et 12. Lors d'une enquête, l'AMF est investie des pouvoirs et des immunités prévus à la *Loi sur les commissions d'enquête*, R.L.R.Q., c. C-37, sauf celui d'emprisonnement. En l'absence d'un contrat d'assurance ou une affaire d'assurance, l'AMF peut toutefois exercer ses pouvoirs d'inspection lorsqu'une affaire « est présenté au public comme offrant des avantages analogues à ceux qu'offre l'assurance ou comporte des caractéristiques pouvant laisser croire qu'il s'agit d'un contrat d'assurance ». Voir *Loi sur les assurances*, préc., note 251, art. 11.

<sup>435</sup> *Id.*, art. 211.

<sup>436</sup> *Id.*, art. 325.1, al.1.

<sup>437</sup> *Id.*, art. 325.7.

<sup>438</sup> *Loi sur la distribution de produits et de services financiers*, préc., note 251, art. 184.

<sup>439</sup> L'article 8 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers* prévoit que : « L'Autorité exerce ses fonctions et pouvoirs de manière :

1° à favoriser la confiance des personnes et des entreprises à l'égard des institutions financières et autres intervenants du secteur financier quant à leur solvabilité et à l'égard de la compétence des agents, des conseillers, des courtiers, des représentants et des autres intervenants qui oeuvrent dans le secteur financier ;

2° à promouvoir une offre de produits et services financiers de haute qualité et à un prix concurrentiel pour l'ensemble des personnes et des entreprises dans toutes les régions du Québec ;

3° à assurer la mise en place d'un cadre réglementaire efficace favorisant le développement du secteur financier et permettant l'évolution des pratiques de gestion et des pratiques commerciales dans ce secteur ;

4° à donner aux personnes et aux entreprises un accès à une information fiable, exacte et complète sur les institutions financières et autres intervenants du secteur financier et sur les produits et services financiers offerts ;

5° à assurer la protection du public contre les pratiques déloyales, abusives et frauduleuses et à donner accès aux personnes et aux entreprises lésées à divers modes de règlement de différends ».

*consommateurs* d'assurance. Cet arbitrage entre les intérêts des compagnies d'assurances et des consommateurs d'assurance est d'ailleurs bien présent dans un rapport de 2013 qui regroupe des propositions de modification à la *Loi sur les assurances* et à la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*<sup>440</sup> :

Les lois doivent constituer un encadrement assez strict pour veiller aux meilleurs intérêts des consommateurs tout en permettant à l'industrie d'y trouver son compte et de progresser, puisque le secteur financier joue un rôle de premier plan dans le développement économique du Québec. Ces lois tentent d'établir un équilibre entre la protection du public et le développement de l'industrie. Des règles trop strictes brimeront le développement de l'industrie et par le fait même limiteront l'accès du public à des produits et services financiers qui répondent à leurs besoins. Des règles trop permissives risquent de créer une industrie fragile et une perte de confiance du public à son égard.<sup>441</sup>

Ainsi, nous voyons que l'autorité gouvernementale, en édictant des lois, modifie et participe activement à la construction du paysage assurantiel. Cela explique notamment pourquoi il est difficile de catégoriser le droit des assurances exclusivement en droit privé ou en droit public<sup>442</sup>.

## **Conclusion**

La première section de cette partie nous a permis de constater les transformations des rationalités politique et juridique. Le diagramme libéral, basé sur le principe de responsabilité, distinguait catégoriquement la morale et le droit. Celui-ci, inspiré d'un droit naturel, s'exprimait à travers une règle de jugement basée sur la faute, soit le fait de ne pas avoir été responsable. L'industrialisation, la paupérisation, la sécularisation et l'empirisme – sans que nous nous soyons attardés à déterminer quel phénomène puisse avoir précédé ou influencé l'un ou l'autre – sont autant de facteurs ayant contribué à la transformation du diagramme politique des sociétés occidentales, qui se calque en partie sur la technologie assurantielle, et diffuse un imaginaire assurantiel dans lequel tout peut être traité en termes de risques. Le droit ne tire plus sa source d'un droit naturel, mais vient plutôt consacrer législativement un consensus entre groupes aux intérêts opposés : le droit est positif, fictif,

---

<sup>440</sup> R.L.R.Q., c. S-29.01.

<sup>441</sup> MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, préc., note 40, p. 23.

<sup>442</sup> « La distinction traditionnelle entre le droit public et le droit privé est parfois remise en question. Sa valeur ontologique est en effet contestable, si par exemple l'on considère que l'objet du droit est toujours de légitimer et de tempérer les rapports de pouvoir, aussi bien entre personnes privées qu'entre les autorités publiques et les personnes privées ». Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 9.

*social*, et l'État, arbitre du juste.

Dans la deuxième section, nous avons vu que la technique traditionnelle d'assurance prend en charge les risques collectifs, calculables et capitaux. L'assurance tire ses origines de deux traditions distinctes, dont les objectifs diffèrent radicalement (sécurité et solidarité par opposition à profit et probabilité), et inspirera non seulement une technologie de l'assurance, mais aussi des institutions d'assurance, une forme d'assurance et surtout, un imaginaire assurantiel. L'encadrement juridique du *contrat* d'assurance ne viendrait pas poser de limites importantes à l'assurance privée. Différentes politiques sociales de l'État se reflètent toutefois dans le contrat de l'assurance par le phénomène de publicisation du contrat. Par ailleurs, l'analyse des techniques financières utilisées par les assureurs démontre qu'une des principales limites se situe au niveau de la mesure des risques, et particulièrement des risques financiers encourus par les assureurs eux-mêmes. En situation d'incertitude importante, ceux-ci ont de plus en plus de difficulté à prévoir avec exactitude leur modèle financier. Certes, des techniques alternatives ou complémentaires peuvent aider à repousser la limite de leurs capacités financières. On constate toutefois que ces techniques font de plus en plus appel à la finance, sortant incidemment d'une pratique purement assurantielle. Les montages financiers complexes qui en résultent, et qui se fondent en grande partie sur la conclusion d'une panoplie de contrats, n'arrivent pas à oblitérer complètement la limite de l'assurance. Même en alliant l'assurance à la finance et en multipliant les liens d'obligations entre assureurs, réassureurs et investisseurs, l'aptitude des assureurs privés à gérer les risques contemporains demeure intimement liée à la participation de l'État.

C'est ce qui nous a conduit à nous pencher sur les motifs soulevés par les acteurs économiques au sujet des modes de participation de l'État, lesquels entretiennent certaines ressemblances avec la mutualisation des risques. Par la suite, nous avons distingué les formes d'intervention « directe » de l'État en matière de gestion de risque. D'abord, l'État peut instituer des mécanismes qui vont avoir une fonction directe d'indemnisation, des mécanismes de sécurité sociale, dont fait partie l'assurance sociale. L'État pourrait également choisir de prendre part à la gestion des risques en créant des partenariats avec le

secteur privé. Enfin, l'intervention étatique se fait aussi en grande partie de manière indirecte, au moyen de la législation qui encadre l'assurance privée, cherchant à la fois à protéger les consommateurs d'assurance, et à stimuler le développement de cette industrie. Au terme de ce tour d'horizon, nous avons pu conclure que la participation de l'État devait respecter un certain équilibre, et ne pas constituer un obstacle supplémentaire aux activités des assureurs privés.

La limite de l'assurance privée comme mode autonome de gestion d'un risque est ainsi dépassée depuis belle lurette lorsqu'il est question des risques contemporains. Malgré tout, l'imaginaire assurantiel de l'État est toujours en pleine diffusion<sup>443</sup>. L'assurance privée est ainsi encouragée à poursuivre la mise en risque d'une « réalité sociale », doublée de sa « réalité financière », à propos de laquelle notre savoir ne peut que demeurer incertain :

Le risque le plus grand n'est pas d'être malade, d'avoir un accident, mais de ne pas être couvert si cela doit arriver. L'assurance, l'assurabilité devient elle-même sa propre fin. Nous voulons tous rester, indéfiniment, assurables. C'est devenu la condition d'une vie "normale" [...] Et pour ce qui concerne l'histoire du risque et de l'assurance, elle atteste que les risques sont toujours politiques et que les combinaisons d'assurances, comme les techniques qu'elles mettent pratiquement en oeuvre, relèvent de bricolages plus ou moins ingénieux où la dimension politique n'est jamais absente.<sup>444</sup>

Dans ce contexte, constater que l'État se retrouve en position d'« assureur de dernier recours »<sup>445</sup> dans l'indemnisation des risques contemporains n'étonne guère, d'autant plus qu'il encourage l'industrie de l'assurance privée à se développer alors qu'elle est factuellement incapable de se montrer autosuffisante. La reproduction de la rationalité politique, indexée à la rationalité économique capitaliste, favoriserait un certain hermétisme national en matière de gestion de risque, au coeur duquel le contrat d'assurance ne serait qu'un objet supplémentaire véhiculant l'imaginaire assurantiel de la société occidentale<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> Selon Ewald, le début du XXI<sup>e</sup> siècle serait d'ailleurs toujours marqué par l'imaginaire assurantiel qui teinte les politiques de protection françaises. F. EWALD, « L'assurantialisation de la société française », préc., note 172, 28. La présente démonstration établit que ce serait également le cas au Québec.

<sup>444</sup> O. MONGIN et J. ROMAN, préc., note 172.

<sup>445</sup> U. BECK, *World at Risk*, préc., note 2, p. 137. Voir également A. NOVEMBER et V. NOVEMBER, préc., note 70, par. 22 ; S. CHEMARIN, préc., note 303, 167 ; R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, p. 157 et 167.

<sup>446</sup> En ce sens, « le néolibéralisme n'est d'ailleurs pas uniquement un ensemble de mesures économiques ; il ne s'agit pas seulement de faciliter le libre-échange, de maximiser les profits des entreprises et de remettre en cause les aides publiques. [...] Si la rationalité néo-libérale met le marché au premier plan, elle n'est pas *seulement* – et n'est même pas *d'abord* – centrée sur l'économie ; elle consiste plutôt dans l'extension et la dissémination des valeurs du marché à la politique sociale et à toutes les institutions, même si le marché conserve en tant que tel sa singularité. [...] L'État doit obéir aux besoins du marché, que ce soit par des

Conséquemment, la démonstration effectuée dans cette partie nous pousse à nous éloigner de la position adoptée par Ericson et Doyle, et à nuancer la critique qu'ils attribuent au critère de la limite de l'assurance privée formulé par Beck. Dans la prochaine partie, nous aborderons plus en détail la théorie de la société du risque de celui-ci, et l'appliquerons afin de critiquer un des mécanismes utilisés afin de gérer le risque et l'incertitude en amont de la survenance d'un sinistre, soit le principe de précaution, et son inscription en droit national.

---

mesures politiques et fiscales, sa politique d'immigration, son traitement de la criminalité ou la structure du système éducatif ». Voir W. BROWN, (Berkeley), « Néolibéralisme et fin de la démocratie », 2004, Vacarme, 29, cité dans M. TANCELIN, *Le droit malade de l'argent : essai*, préc., note 127, p. 107.

## 2. La gestion des risques contemporains

Dans la précédente partie, il a été établi que la nature complexe des risques contemporains, et plus spécifiquement de l'incertitude qui les entoure, rend illusoire qu'ils puissent être gérés exclusivement par le secteur de l'assurance privée. Immanquablement, l'État est appelé en renfort par les assureurs. Au-delà de son intervention au plan de l'indemnisation, celui-ci viendra également modifier l'horizon juridique afin que l'assurance privée poursuive sa conquête sans que ses pratiques soient démesurément préjudiciables aux acteurs sociaux. L'État met donc en place divers mécanismes de protection qui agissent comme conditions de possibilité de l'assurance privée. L'ubiquité de l'imaginaire assurantiel se révèle non seulement à travers la mise en oeuvre de celles-ci, mais aussi par certaines interventions étatiques qui intègrent elles-mêmes la technologie de l'assurance. Or, si l'on peut en conclure que la société assurantienne d'Ewald s'actualise de cette manière encore aujourd'hui<sup>447</sup>, l'apparition en parallèle d'un « État de précaution » devient perceptible<sup>448</sup>. C'est pourquoi nous avons choisi de compléter notre réflexion en abordant un outil de gestion des risques qui se présente en amont de l'assurance, soit le principe de précaution<sup>449</sup>. En ce sens, et considérant toujours la limite de l'assurance, nous nous sommes demandé en quoi consiste le principe de précaution, et quel est son impact en droit civil.

Ayant toujours en tête les interrogations soulevées dans la première sous-question de recherche, notamment au sujet de la limite de l'assurance, l'articulation de la réflexion au sujet du principe de précaution aura comme trame de fond la théorie de la société réflexive de Beck (A). Par la suite, il sera proposé d'aborder en quoi consiste le principe de précaution et d'en présenter les impacts en droit des assurances (B). Ce cadre théorique à la fois sociologique et juridique servira à adopter une position critique globale, considérant

---

<sup>447</sup> Voir notamment F. EWALD, « La société assurantienne et son avenir », préc., note 239.

<sup>448</sup> O. MONGIN et J. ROMAN, préc., note 172. Selon Ewald, cela ne signifierait pas que les « dispositifs assurantiers habituels » soient « ni condamnés, ni abandonnés ». Voir *Id.*

<sup>449</sup> Il ne s'agit toutefois pas de chercher à mesurer son efficacité ou son efficience, ou à le comparer à d'autres mécanismes existants ou envisageables, ce que les limites d'un mémoire de maîtrise ne permettraient pas.

également les conclusions de la partie précédente, face au rôle du droit dans la gestion des risques contemporains au-delà de la limite de l'assurance (C).

### A. Contexte : la Société du risque

Dans une oeuvre sociologique avant-gardiste<sup>450</sup>, le sociologue allemand Ulrich Beck a détaillé le sombre portrait des transformations imminentes en cours dans les sociétés industrielles, mutation dont on ne peut aujourd'hui que constater l'irréversible trajectoire, et qui tendrait vers une *Société du risque*. Publié en 1986 en allemand, *Risikogesellschaft* est traduit en anglais dès 1992, mais ne sera traduit en français qu'en 2001<sup>451</sup>. Au-delà du décalage dans la diffusion de l'oeuvre, les rares références à la théorie beckienne dans le milieu juridique nous interpelle davantage<sup>452</sup>. Certes, il s'agit d'un cadre de réflexion susceptible de remettre fortement en question le système juridique actuel<sup>453</sup>. La gravité des

---

<sup>450</sup> Ou une « *théorie sociale projective, orientée empiriquement* ». Voir U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 20.

<sup>451</sup> *Id.* B. Latour, qui signe la préface de cette dernière version, souligne qu'en France, la tradition méthodologique de l'époque s'éloignait généralement de celle appliquée par Beck. Ce serait selon lui susceptible d'expliquer en partie le retard dans la traduction du texte en français. Voir B. LATOUR, « Beck ou comment refaire son outillage intellectuel », dans *Id.*, p. 9. À noter que des travaux complémentaires à l'analyse de Beck, et également fondamentaux, voient le jour dans plusieurs champs des sciences humaines d'autres régions du globe : par exemple, l'anglais Anthony Giddens publie aux États-Unis *Consequences of modernity* en 1990 ; en France, François Ewald propose *L'État providence* en 1986 ; sans compter les travaux de Mary Douglas, Robert Castel, Niklas Luhmann, etc. dont les travaux s'intéresseront également à la notion de risque.

<sup>452</sup> Le juriste Julien Pieret soulève que « ce qui est davantage frappant [Pieret réfère ici au fait que Beck ne cite presque aucun ouvrage juridique. Nous percevons toutefois une sensibilité particulière de Beck à l'égard du droit, qu'il a d'ailleurs étudié brièvement avant de se diriger vers la philosophie puis la sociologie. Voir M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 3], c'est l'absence généralisée de référence aux travaux de Beck dans nombre d'ouvrages récents produits par des juristes s'intéressant explicitement à la notion de risque ». Voir J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, 9. Par ailleurs, le « retard » qu'accuserait la science juridique relativement aux études réalisées en sciences sociales serait un phénomène relativement généralisé. *Id.*, 12. L'auteur donne l'exemple de l'écart temporel marqué entre la « découverte » du positivisme, du constructivisme et du postmodernisme dans les théories juridiques en comparaison des sciences sociales.

<sup>453</sup> Par exemple, voir V. FORRAY, « Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité », (2014) 59-4 *Revue de droit de McGill* 847. Voir également S. VEICH, *Law and Irresponsibility : On the Legitimation of Human Suffering*, New York, Routledge-Cavendish, 2007. Les textes suivants de Julien Pieret utilisent également le cadre de la société du risque : J. PIERET, « De la société du risque à la société réflexive. Beck peut-il sauver la modernité ? », dans Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2008, p. 27-63 ; J. PIERET, « Pour une épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur les juristes », *Lex Electronica*, Revue en ligne du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal, hiver 2012 : [http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_305.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_305.pdf) ; J. PIERET, « De la société du risque au droit réflexif. Illustration à partir d'un avant projet de loi relatif à l'aéroport de Zaventem », mai

constats que l'on peut imaginer découler de l'application de la théorie de Beck en droit ne doit toutefois pas écarter son utilisation ; inversement, le droit se doit d'être objectivement confronté aux théories susceptibles de le déstabiliser<sup>454</sup>. Aux fins de la présente recherche, la sociologie de Beck est particulièrement intéressante puisqu'elle permet d'élargir le champ d'analyse du droit, mettant en perspective des pièces maîtresses de notre argumentation dans le contexte d'une société globale : le risque, l'assurance, la précaution et la responsabilité. Sans que ces éléments soient abordés sous un angle purement juridique, Beck ne manquera pas de soulever au passage l'implication du système juridique, tout comme celui des autres systèmes sociaux (politique, économique, médiatique, scientifique, etc.). Par ailleurs, les juristes auraient selon lui avantage à ouvrir leurs horizons hors du cadre de l'État-nation<sup>455</sup>, ce qui tend à se produire entre autres à travers des analyses ayant recours à la théorie postmoderne du droit, dont la thèse de M. Boutonnet au sujet du principe de précaution qui sera abordée ultérieurement<sup>456</sup>.

Trois époques sont distinguées par Beck : la société prémoderne, la société industrielle et la société du risque, lesquelles ont toutes une relation particulière au danger et au risque<sup>457</sup>.

---

2007 : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14>. En outre, Beck indique lui-même que « the world risk society represents a threat to the traditional concept of culture and society ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 206. Le système juridique ne serait vraisemblablement pas épargné.

<sup>454</sup> Il va de l'intégrité du chercheur de ne pas volontairement ignorer ce qui ne va pas dans le sens de ce qu'il cherche à prouver, et dans l'éventualité où il privilégierait une position dû à ses croyances ou valeurs personnelles, celles-ci devraient être divulguées. Voir F.-P. GINGRAS et C. CÔTÉ, « La sociologie de la connaissance », dans B. GAUTHIER (dir.), *Recherche sociale*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 43-44.

<sup>455</sup> « Currently, every one of our major social actors has nation-state society inscribed in its conditions of existence. But every one of them could also reinvent itself, and could be motivated to do so purely out of self-interest rightly understood, as well as out of a desire to propte its central defining values. This goes not only for the large, society-defining collectivities like unions and parties, but also for the key smaller collectivities that have been produced by the division of intellectual labor. Professional groupings, from scientists to lawyers to economists, simply as researchers and as experts and as professionals earning a living, are all running into both practical and theoretical problems that might be easier to solve if they globalized themselves from within. And to do so, they will find they need a more cosmopolitan world, in the sense of one characterized by internalized local openness, where their is an easier and more immediate connection between every locality and the world as a whole ». Voir U. BECK et J. WILLMS, *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, UK, Polity Press, 2004, p. 207.

<sup>456</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18. La théorie postmoderne du droit amènerait effectivement à décloisonner la réflexion juridique du cadre de l'État nation. Voir A.-J. ARNAUD, « De la postmodernité », dans *Id.*, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 152.

<sup>457</sup> M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 16 ; S. BRUNET, *Société du risque : quelle réponses politiques ?*, Paris, L'Harmattan, 2007 p. 37.



Nous verrons dans un premier temps ce qui caractérise la société industrielle, à laquelle Beck rattachera son concept de *première modernité* (I), pour ensuite présenter la *seconde modernité*, qui représenterait la *société du risque* (II)<sup>458</sup>.

## I. La première modernité

Au-delà de la modernisation dans les techniques de production et du développement exponentiel du secteur économique, la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle a modifié fondamentalement les composantes mêmes de la société. De l'analyse d'Ewald, nous avons résumé les changements politico-juridiques au niveau de la responsabilité qui ont accompagné l'industrialisation de la société française, et qui se sont aussi manifestés au Québec. Dans cette section, des éléments complémentaires seront présentés, essentiellement tirés de l'oeuvre de Beck, afin de mieux comprendre la profondeur des changements sociaux qui s'opèrent avec le processus de *modernisation simple*, qui donne lieu à la *première modernité*<sup>459</sup>. Nous avons déjà abordé avec Ewald l'interaction entre les systèmes juridique, économique et politique. Le présent exercice, loin d'être redondant, permet de comprendre *pourquoi* ces systèmes se sont mutuellement influencés dans l'émergence d'un droit de l'accident et d'assurances sociales, et surtout de comprendre *pourquoi, comment et dans quelle mesure* le régime juridique actuel est toujours attaché à une époque révolue.

---

<sup>458</sup> Malgré le soin qui a été apporté afin que la synthèse présentée soit fidèle aux nuances exprimées par l'auteur au fil de l'évolution de sa théorie, vu la densité de son oeuvre et la richesse des concepts, nous avons dû nous contenter d'un résumé très sommaire. Rappelons que la théorie de Beck est utilisée afin d'étudier notre question selon une approche théorique interdisciplinaire, et ne constitue pas en elle-même le sujet du présent mémoire de maîtrise. De plus, le lecteur notera que la synthèse ne se veut pas exhaustive ; tout comme dans le cas de la partie précédente, les éléments présentés sont ceux que nous jugeons pertinents à notre propos. Pour plus de détails, nous le référons notamment aux ouvrages cités en bibliographie, mais également au récent ouvrage de M.P. SØRENSEN, préc., note 106, qui contient d'ailleurs une bibliographie très étoffée. Profitons-en pour mentionner la parution récente d'un ouvrage posthume qui était indisponible au moment de terminer ce mémoire : U. BECK, *The Metamorphosis of the World : How Climate Change is Transforming our Concept of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016.

<sup>459</sup> La première modernité à laquelle réfère Beck est celle vécue par la société occidentale au XIX<sup>e</sup> siècle, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle. Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 235. Il précise toutefois qu'en dehors de l'occident se trouvent d'autres types de sociétés, par exemple la Chine ou le Japon, où la première modernité ne se présente pas de la même manière. Voir U. BECK et E. GRANDE, « Varieties of second modernity : the cosmopolitan turn in social and political theory and research », (2010) 61-3 *The British Journal of Sociology* 409, 414.

Parmi les sociologues s'étant arrêtés à l'étude de cette première modernité, Beck accorde une importance particulière aux travaux de Max Weber<sup>460</sup>. Pour ce dernier, la modernisation de la société traditionnelle répondait essentiellement à un processus de rationalisation des institutions sociales, et impliquait « the institutionalization of goal-oriented rationality (*Zweckrationalität*) »<sup>461</sup>. Ce faisant, une triade institutionnelle influençait le développement sociétal : le capitalisme moderne, l'État constitutionnel et la bureaucratie<sup>462</sup>. Le processus de modernisation était alors guidé par l'économie de marché capitaliste, l'État ne participant pas, ou du moins pas de manière directe, aux prises de décisions en ce sens<sup>463</sup>. C'est à cette époque que l'État-nation devient le cadre à travers lequel était réfléchie la société, qui se trouvait circonscrite en fonction de critères territoriaux<sup>464</sup>. Il découlait de la rationalisation qui inspirait désormais l'organisation sociale une augmentation de la complexité du social, due à une différenciation des sous-systèmes sociaux qui constituaient la société, par exemple : l'économie, la politique, la science, etc.<sup>465</sup>. En d'autres termes, on assistait à une *disciplinarisation* du social, qui faisait en sorte que chaque système évolue de manière relativement autonome selon une rationalité qui lui est propre<sup>466</sup>. Beck soulève un point crucial concernant les conséquences d'une pareille compartimentation de la pensée dans l'appréhension de la réalité : c'est au moyen d'une rationalité basée sur l'expertise scientifique que la société est arrivée à s'extirper et se

---

<sup>460</sup> Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 30. S'il invoque souvent Weber, notamment en référant à sa métaphore de la *cage d'acier*, il indique aussi parmi les auteurs de la sociologie classique de la « first, simple, linear, industrial modernization based on the national state » notamment Durkheim, Marx, Parsons et Luhmann. Voir U. BECK, *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 2. Il est aussi à noter que la position weberienne concernant les préoccupations de sécurité et la recherche de la prévisibilité s'écarterait radicalement de la position foucauldienne de la gouvernementalité. Voir S. BRUNET, préc., note 457, p. 24 et 51. Or, l'étude d'Ewald s'inscrit dans l'école gouvernementaliste. Voir G. CHANTRAINE et J.-F. CAUCHIE, « Risque(s) et gouvernementalité. Reconstruction théorique et illustration empirique : les usages du risque dans l'économie du châtement légal », *Socio-logos* [En ligne].

<sup>461</sup> M. HOOGENBOOM et R. OSSEWAARDE, « From Iron Cage to Pigeon House : The Birth of Reflexive Authority », 26(4) *Organization Studies* 601, 601.

<sup>462</sup> *Id.*, 602.

<sup>463</sup> M. WEYEMBERGH, « Max Weber et Ulrich Beck : de la première modernité à la deuxième modernité ? », dans C. KERMISCH et G. HOTTOIS (dir.), *Techniques et philosophies des risques*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2007, p. 78.

<sup>464</sup> U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 30. Voir également M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 29.

<sup>465</sup> *Id.*, p. 30. Notons que Luhmann développe une théorie sociale qui se fonde précisément sur la différenciation de sous-systèmes sociaux.

<sup>466</sup> À ce sujet, voir K. POSTEL-VINEY, « Sciences sociales "universelles" contre aires culturelles "idiosyncratiques" ? Anciennes questions, nouveaux problèmes », publié sur CERI : <<http://www.sciencespo.fr/ceri>>.

différencier de la nature<sup>467</sup>. Cette opposition entre société et nature que permettait la science sous-tendait deux objectifs : *ignorer* et *dominer* cette dernière<sup>468</sup>. Ainsi, avec l'industrialisation, la société pouvait se libérer du joug de la nature. L'on perçoit ici l'ampleur du projet de la modernité, qui faisait de la liberté un objectif de premier ordre<sup>469</sup>. La rationalisation jouait ainsi un double rôle : d'abord à titre de *condition préalable* à toute modernisation, en construisant une réalité purement *sociale* ; elle était par ailleurs le processus qui permettait que la modernisation puisse se poursuivre *ad vitam aeternam*. L'individu, quant à lui, se retrouvait « prisonnier » de cette première modernité et de sa rationalité, de la bureaucratie et autres institutions qui composent l'État, sans qu'il soit conscient de son propre confinement : « [n]ot only is he himself no longer capable of thinking and acting in a non-rational way, he also fully approves being governed by institutions that are based on goal-oriented rationality »<sup>470</sup>. En effet, le processus de modernisation était chapeauté par une forme d'autorité « légale rationnelle » qui devenait gage de la légitimité des décisions bureaucratiques aux yeux des individus, lesquels ne les remettaient pas en cause<sup>471</sup>.

Cette organisation sociale rationalisée où tout phénomène naturel ou social n'était plus compris en référence à des croyances religieuses ou métaphysiques était donc supportée par des analyses scientifiques rationnelles. Proclamer la pure objectivité de celles-ci serait toutefois un leurre, puisque la recherche scientifique demeurait orientée en fonction de buts

---

<sup>467</sup> M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 30. La tradition sur laquelle se basait les sociétés pré-modernes est remplacée par l'expertise scientifique. Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 6.

<sup>468</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 16. Il est pertinent de spécifier que bien que les sciences « pures », ou *de la nature*, jouent un rôle important dans la distinction du social de la nature, les sciences « molles », ou *sociales*, viennent justement accentuer que le social et la nature ont historiquement répondu à des épistémè distincts.

<sup>469</sup> Il s'agit effectivement d'une ère où le libéralisme politique se déploie. Voir M. FOUCAULT, préc., note 31. La liberté demeure toutefois relativement utopique : « [l]es principes de la science moderne ont été structurés *a priori* d'une manière telle qu'ils ont pu servir d'instruments conceptuels à un univers de contrôle productif qui se renouvelle par lui-même ; l'opérationnalisme théorique en est arrivé à coïncider avec l'opérationnalisme pratique. Ainsi, la méthode scientifique, qui a permis une domination de la nature de plus en plus efficace, a fourni les concepts purs, mais elle a fourni au même titre l'ensemble des instruments qui ont favorisé une domination de l'homme par l'homme de plus en plus efficace, *à travers* la domination de la nature ». H. MARCUSE, préc., note 58, p. 181-182

<sup>470</sup> M. HOOGENBOOM et R. OSSEWAARDE, préc., note 461, 602. Beck parlera de *programmatic individualization*, l'individu se définissant relativement à des institutions telles la famille nucléaire, les classes sociales et les rôles féminins et masculins. Par ailleurs, il s'agirait d'une société de plein emploi. Voir M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 29-30.

<sup>471</sup> M. HOOGENBOOM et R. OSSEWAARDE, préc., note 461, 602.

et d'objectifs sociétaux. Le monde était conséquemment en proie à un *désenchantement* (*die Entzauberung der Welt*)<sup>472</sup> en ce que le risque « represents the perceptual and cognitive schema in accordance with which a society mobilizes itself when it is confronted with the openness, uncertainties and obstructions of a self-created future and is no longer defined by religious tradition or the superior power of nature but has even lost its faith in the redemptive powers of utopias »<sup>473</sup>. Cette déconnexion entre société et nature, qui place cette dernière comme une donnée extérieure traitée à même la rationalité sociale, menait en outre à circonscrire le champ d'évaluation des risques aux *accidents* attribuables au processus d'industrialisation que courrait la société<sup>474</sup>. Le motif pour lequel le progrès, que l'on proclamait être une porte d'accès à un monde meilleur<sup>475</sup>, n'était alors pas remis en question en raison des risques qu'il suscitait est que la rationalisation donnait l'impression que ceux-ci puissent être *prévisibles*, et donc *contrôlables*<sup>476</sup> : « [f]irst modern risk society presupposes side effects that are spatially, temporally, and socially bounded. Without that precondition, it can't function »<sup>477</sup>. Les risques dont il était question affectaient d'ailleurs des groupes déterminables, des *classes sociales* spécifiques<sup>478</sup>. À ce titre, une des principales préoccupations accompagnant la modernisation était de mettre un terme au paupérisme en opérant une répartition des richesses<sup>479</sup>. Cela apparaissait envisageable dans la mesure où les risques de la première modernité étaient *assurables*. Parce qu'ils étaient circonscrits au moyen d'un calcul des probabilités, ils pouvaient être gérés au moyen de la technologie de l'assurance. Rappelons que c'est dans ce cadre que le rôle de l'assurance est devenu de plus en plus central dans la sphère politico-juridique. Parallèlement, au plan

<sup>472</sup> M. HOOGENBOOM et R. OSSEWAARDE, préc., note 461, 602.

<sup>473</sup> Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 4.

<sup>474</sup> Nous avons d'ailleurs vu avec Ewald que le système juridique participera à une *ruse de la raison* afin d'éviter de placer l'industrialisation au bûcher. Beck spécifie que pour lui, « risks presume industrial, that is, techno-economic, decisions and considerations of utility. [...] They differ from pre-industrial natural disaster by their origin in decision-making, which is of course conducted never by individuals but by entire organizations and political groups ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 50.

<sup>475</sup> M. WEYEMBERGH, préc., note 463, p. 78-79.

<sup>476</sup> Selon Beck, « the first modernity presupposes Weber's principle of technical rationality, which presumes that all the side effects of industrialization and rationalization are predictable and controllable ». Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 30. Au sujet de la maîtrise des risques dans une conception rationnelle de la société moderne, voir également S. BRUNET, préc., note 457, p. 56.

<sup>477</sup> U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 115.

<sup>478</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 62.

<sup>479</sup> Beck précise qu'il s'agissait alors de déterminer « comment la richesse socialement produite peut-elle être répartie de façon socialement inégale et "légitime" à la fois », question qui a préoccupé particulièrement Weber et Marx. Voir *Id.*, p. 36.

juridique, « [l]e droit – non pas de lui-même, mais avec le soutien actif de la rue et de la politique – s'adapte à la réalité [une réalité *rationalisée* et *dénaturée*] : suffrage universel, lois de protection sociale, droit du travail, cogestion »<sup>480</sup>. Cette première modernité que nous venons d'esquisser était donc le fruit d'un processus de rationalisation qui visait à apaiser les inquiétudes de l'individu relativement aux dangers de son existence et à laisser libre cours à l'industrialisation. L'analyse de la thèse d'Ewald vue dans la première partie en complète le portrait en présentant une des manières dont le système juridique s'est adapté à ces changements. Nous verrons qu'elle a toutefois pavé le chemin vers une société qui, ironiquement, allait être confrontée à des incertitudes de beaucoup plus radicales et alarmantes<sup>481</sup>.

## II. La seconde modernité

Tout comme celles de plusieurs autres auteurs, l'oeuvre de Beck s'attarde à proposer une théorie sociologique concernant une société dont le processus de modernisation ayant initié une *société industrielle* se complexifie, et représente en quelque sorte une deuxième vague de la modernisation<sup>482</sup>, qu'il désigne la seconde modernité. Si Beck propose cette rupture entre deux époques de la modernité, il se refuse néanmoins à tout postmodernisme, quoique certains travaux en traitant l'aient vraisemblablement inspiré, comme ceux de Bauman et Lyotard<sup>483</sup>. Avant de poursuivre, quelques précisions préliminaires s'imposent d'ailleurs au sujet du postmodernisme, considérant les écueils possibles résultant d'une utilisation différente du concept selon les disciplines sociologique ou juridique<sup>484</sup>. Pour Beck, la

---

<sup>480</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 92.

<sup>481</sup> M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 9.

<sup>482</sup> Cette période succédant la société industrielle a été désignée de diverses manières par les auteurs. Par exemple : société post-moderne (Lyotard), société post-industrielle (Touraine, Bell), société post-capitaliste (Steele), société hypermoderne (Ziehe), société post-matérielle (Inglehart), *network society* (Castells), *optional society* (Dovring and Dovring), *informational society* (Bell), société individualisée (Bauman), société industrielle avancée (Marcuse). Voir *Id.*, p. 13.

<sup>483</sup> « There could not have been a theory of reflexive modernity without having engaged with the central ideas of postmodernism ». Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 25 et suiv. Lyotard, quoiqu'il ne soit pas à proprement parler postmoderniste, a tout de même abordé de front la question du « savoir postmoderne ». Voir J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979.

<sup>484</sup> Il s'agit d'ailleurs d'un des dangers du recours à l'interdisciplinarité que de comprendre les concepts de l'autre discipline en fonction de son propre savoir disciplinaire, « un danger tant d'"arrogance" que d'"ignorance" ou d'interprétation erronée de telles données, voire de "superficialité" qui réduit l'interdisciplinarité à une simple fonction "décorative" ou ornementale ». Voir M. VAN DE KERCHOVE et F.

seconde modernité, loin d'être issue d'une déconstruction ou d'une rupture avec la première, est une conséquence directe du *succès* du projet de la modernisation : « [t]his is the meaning of the expression "reflexive modernization" : we are not living in a *post*-modern world but in a *hyper*-modern world. It is not the crisis but the victory of modernity which is undermining the basic institutions of first modernity due to unintended and unknown side-effects [...] »<sup>485</sup>. Les sociologues adoptant un discours postmoderne ne feraient pas mieux que les sociologues classiques selon lui, en ce qu'ils ne fourniraient pas de réponses à la réalité contemporaine. Il importe toutefois de préciser que sa position à l'égard du postmodernisme doit être nuancée lorsqu'il est question de l'application de la théorie postmoderne *du droit*. Certes, certains auteurs préfèrent voir la postmodernité comme opérant une rupture catégorique avec la modernité, qui se traduit comme une véritable déconstruction de la société moderne et de ses principaux axiomes :

Cette rupture se traduirait essentiellement par la remise en cause du primat de la Raison, entraînant corrélativement la perte de confiance en la Science, et " l'incrédulité à l'égard des méta-récits utilisés par la Science pour se légitimer ", les désillusions générées par l'idée de Progrès, la fin de l'idée que l'Histoire aurait un sens, la fin de la prétention à l'Universalité : l'accent est mis désormais sur le désordre, la complexité, l'indétermination, le relativisme [...].<sup>486</sup>

Cependant, selon une conception plus large de la postmodernité juridique, certains y incluent l'hypermodernité, soit une modernité plus sincère, dans laquelle cette dernière n'est pas rejetée ou déconstruite : il s'agirait plutôt d'une « "radicalisation" de la modernité, par la disparition de ses formes de pensées qui étaient restées présentes dans les discours de la modernité et des institutions dépassées par l'évolution sociale »<sup>487</sup>. Dans cette mesure, nous ne croyons pas qu'il faille rejeter entièrement la théorie postmoderne du droit, celle-ci pouvant apporter un angle d'analyse intéressant à certains égards au plan juridique et demeurer cohérente avec les postulats des théories hypermodernes, comme celle de Beck, puisque « les éléments du droit postmoderne étaient déjà présents dans le droit moderne », et que :

[...] la post-modernité juridique apparaît à la fois comme une anti-modernité et une hypermodernité : rompant avec les canons de la dogmatique juridique moderne, elle n'en reste

---

OST, préc., note 65, p. 60-61. En ce sens, il faut privilégier le dialogue interculturel entre les disciplines, ici entre la sociologie et le droit, afin de ne pas tomber dans un ethnocentrisme disciplinaire. Voir V. LEMAY, préc., note 64, p. 37-43.

<sup>485</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 55.

<sup>486</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.T.D., 1998, p. 23-24.

<sup>487</sup> *Id.*, p. 23.

pas moins fidèle aux valeurs qui forment l'essence de la modernité; et c'est cet amalgame complexe qui constitue sans doute sa véritable spécificité.<sup>488</sup>

Ceci étant dit, Beck identifie cinq conséquences imprévues de la modernisation [*unforeseen consequences*] qui mettent à mal les prémisses de la première modernité : la globalisation, l'individualisation<sup>489</sup>, la révolution des genres, le sous-emploi et les risques globaux<sup>490</sup>. Quoique ces processus soient interreliés, le premier et le dernier sont ceux qui retiendront davantage notre attention en l'espèce. En vue de résumer les propositions qui nous intéressent, nous présenterons d'abord le volet descriptif d'une société dans laquelle le risque n'est plus entièrement contrôlable, ce qu'il désigne la *société du risque* (a). C'est à partir de l'observation de celle-ci qu'il développe une théorie spécifique de la *société réflexive*<sup>491</sup> (b). Ce survol jettera les bases théoriques nécessaires à l'argumentation critique sur le rôle et l'évolution du droit dans la société assurantielle et dans le recours à la précaution qui s'en suivra.

### a. La société du risque

Avec la poursuite de l'industrialisation, de nouveaux risques voient le jour dans la conscience collective : les risques *catastrophiques*<sup>492</sup>, auxquels l'on réfère en droit en termes de risques technologiques majeurs<sup>493</sup>. Beck s'aperçoit que, désormais, les menaces

---

<sup>488</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 486, p. 40 et 46. Pour une présentation de la théorie postmoderne *du droit*, voir notamment A.-J. ARNAUD, préc., note 456, p. 152-153.

<sup>489</sup> L'individualisation, pour Beck, est structurelle et institutionnalisée ; elle est induite par l'État providence. Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 9.

<sup>490</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>491</sup> La théorie de la société réflexive se divise en trois ramifications : « the theorem of risk society, the theorem of forced individualization and the theorem of multidimensional globalization or cosmopolitanisation, All three theorems develop and interpret the same figure of argumentation and are mutually reinforcing [...] ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 236. Certains auteurs vont distinguer ces notions, mais afin de simplifier la présentation, ces considérations théoriques ne seront pas précisées. Ce qui importe pour le présent projet de recherche est essentiellement le point de rupture entre deux époques, et les constats principaux qui s'en dégagent.

<sup>492</sup> Beck met toutefois en garde de confondre *risque* et *catastrophe* : le risque est, selon lui, l'*anticipation* de cette dernière, et plus précisément une mise en scène de leur réalité : « global risk is the *staging of the reality* [*Realitätsinszenierung*] of global risk ». Voir *Id.*, p. 10. Beck reconnaît par ailleurs l'ambiguïté de son propre concept de risque. Voir *Id.*, p. 236. Il aurait effectivement eu tendance à interchanger les notions *hazards* et *risks*. M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 14.

<sup>493</sup> Voir notamment M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 191 et suiv. Précisons qu'en l'espèce, l'analyse est axée sur la gestion des *risques*. Aucun dommage n'a donc concrètement été subi puisque la catastrophe n'est *pas* survenue, mais est plutôt *projetée*. En parallèle, le champ de la responsabilité juridique subit également des transformations en lien avec la *réalisation* de ces

ne sont plus extérieures à la société ; elles sont le résultat direct des effets de la poursuite de l'industrialisation. Celles-ci pèsent non seulement sur la société ou certains groupes sociaux, mais guettent aussi – surtout – l'individu lui-même *et* son environnement<sup>494</sup>. Les dommages que laissent appréhender pareilles menaces peuvent être classifiés de dommages collectifs directs et indirects<sup>495</sup>. À ce sujet, il est intéressant de constater l'évolution de la notion de *patrimoine* dans le domaine juridique. En droit, cette notion réfère généralement à l'« [e]nsemble des biens et des obligations d'une personne qui sont appréciables en argent. Il forme un tout constitué de l'actif et du passif d'une personne »<sup>496</sup>. En vertu des articles 2 et 302 C.c.Q., toute personne, physique ou morale, est titulaire d'un patrimoine. Faisant leur apparition dans la première modernité, l'assurance, l'État providence et le droit social, dans leurs premières formes et premiers objectifs, visaient essentiellement à protéger ce type de patrimoine, et à arbitrer les intérêts des acteurs sociaux et économiques relativement à celui-ci. Or, on voit émerger dans la doctrine et la loi la notion de *patrimoine commun*, qui n'est plus directement en lien avec l'économie de marché, dont nous traitons plus loin, et qui traduit ces nouvelles préoccupations propres à la seconde modernité quant à l'Humanité avec un grand H et à son environnement<sup>497</sup>.

Les risques de la seconde modernité, avec les inquiétudes qui y sont associées, dissolvent l'utopie d'une société meilleure qui avait jusqu'alors bercé la première modernité et qui justifiait la prise de risque, et engendrent donc un *second* désenchantement : « [t]he difference is that today human beings are being "released" not from corporate, religious-transcendental securities into the world of industrial society, but *from* industrial society into the turbulence of world risk society »<sup>498</sup>. Les risques industriels avaient pu être dépeints

---

risques. Voir par exemple l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392 en matière de responsabilité sans faute pour troubles de voisinage.

<sup>494</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 56, p. 40.

<sup>495</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 196 et suiv.

<sup>496</sup> Voir H. REID, préc., note 18.

<sup>497</sup> Au sujet de la distinction entre ces notions de patrimoine, voir M. DEVOST, « Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental », (2012) 71 *R. du B.* 43, 59-60.

<sup>498</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 75. D'autres événements, comme la Première et la Deuxième Guerres mondiales auraient également remis en question cette foi dans les objectifs de la modernité. Toutefois, les catastrophes environnementales globales seraient le point de non retour qui « has



comme représentant plus un *moindre mal* menant à *mieux*, à un bien-être collectif. Cette perspective ne peut vraisemblablement pas être adoptée concernant les risques contemporains : « the freedom promised by risk has metamorphosed into its opposite, into self-obstruction, self-accusation and self-subjection in the face of the all-pervasive court and castle »<sup>499</sup>. Autrement dit, comme le suggère Ewald, les nouveaux risques mettent en cause la légitimité même de l'industrialisation :

[...] l'industrie a perdu son préjugé de légitimité. Elle est en demeure d'avoir constamment à se justifier aux yeux de son environnement, privée de sa légitimité fondamentale. C'est ce qu'on appelle le « renversement de la charge de la preuve » [...]. Le renversement de la charge de la preuve ne décrit pas ce qui serait une des conséquences juridiques du principe de précaution. Il désigne la condition ontologique de l'industrie dans le monde actuel. [...] Il règne comme une suspicion d'illégitimité.<sup>500</sup>

L'obstacle que ces risques posent ainsi n'est pas d'une moindre mesure. Pour autant que l'industrialisation suit son cours, ils s'accroîtront invariablement<sup>501</sup>. C'est qu'il se trouve dans la société du risque un paradoxe fondamental : l'augmentation des connaissances scientifiques n'est pas gage d'un meilleur contrôle des risques, mais serait au contraire susceptible d'accroître l'incertitude qui les caractérise. Acquérir davantage de connaissances ne permet effectivement pas de contrôler ces risques<sup>502</sup>. Ainsi, les menaces s'imposent à la collectivité sans que personne ne puisse individuellement y échapper, et surtout sans qu'il soit possible de les maîtriser concrètement dans leur source comme dans leurs conséquences<sup>503</sup>. Cela remettrait en cause le rôle de l'État, puisque « the relationship of society to the hazards and problems produced by it [...] exceed the bases of societal conceptions of security »<sup>504</sup>. De plus, selon Beck, la société baignerait dans une perpétuelle

---

finally, once and for all, turned our notion of progress pessimistic and made pessimism a fundamental governing principle ». Voir M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 19.

<sup>499</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 6.

<sup>500</sup> Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 25-26.

<sup>501</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 40.

<sup>502</sup> « But not only can real uncertainties *not* be resolved through more and better knowledge, when we are dealing with what Anthony Giddens calls *manufactured uncertainties*, more knowledge can actually produce more uncertainty ». Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 127. À propos des *manufactured uncertainties* : « [t]hese types of internal risks and dangers presume a threefold participation of scientific experts, in the roles of producers, analysts and profiteers from risk definitions. Under these conditions, many attempts to confine and control risks turn into a broadening of the uncertainties and dangers ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 140. En d'autres termes, il s'agit du cercle vicieux selon lequel plus on cherche à circonscrire un risque, plus on étend le champ des connaissances *et* des incertitudes, où de nouveaux risques pourront prendre place.

<sup>503</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 192.

<sup>504</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 74.

insuffisance de connaissance ou de savoir concernant les risques contemporains, qui serait de trois ordres : *conscious inability-to-know*, *repressed or unconscious non-knowing* et *unknown inability to know*<sup>505</sup>. Cette manière de présenter les sources de l'incertitude est intéressante puisqu'elle lie la connaissance scientifique – dans le sens strict du terme, référant aux sciences de la nature – à des processus sociaux de connaissance, qu'ils soient psychologiques, sociologiques, économiques, etc.

Alors que certains de ces « nouveaux » risques potentiellement catastrophiques sont issus de développements technologiques récents, d'autres concernent pourtant des techniques qui peuvent remonter au tout début de l'industrialisation<sup>506</sup> : ce sont les effets secondaires involontaires [*unintended side effects*] de l'industrialisation<sup>507</sup>, les *effets induits latents*<sup>508</sup>, qui sont mis au grand jour. Dans le même sens, P. Lagadec indique que l'*accident* n'est lui-même pas nouveau. Nous l'avons d'ailleurs vu dans la section précédente. Pour lui, la nouveauté se situe dans le fait que les « nouveaux » risques « alertent sur la rupture qui a été introduite dans l'univers du risque technologique. Ils montrent que l'humain est dorénavant capable de produire des désastres d'une toute autre échelle, et surtout d'une toute autre nature. [...] la découverte du risque technologique majeur, c'est la découverte de la possibilité d'échec sans repêchage, du non-sens aux limites indéfinies »<sup>509</sup>. D'ailleurs, Beck ne nie pas que nous demeurons, même dans la *société du risque*, assujettis aux risques, ou aux dangers qui ont marqué l'imaginaire des époques précédentes (par exemple, aux désastres naturels de l'époque prémoderne, aux risques d'accidents et de chômage de la société industrielle). Les risques catastrophiques de la société du risque ne font que s'y ajouter<sup>510</sup>.

Beck met essentiellement l'accent sur les risques environnementaux afin de décrire les

---

<sup>505</sup> U. BECK, *World at Risk*, préc., note 2, p. 126-127.

<sup>506</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 40.

<sup>507</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 77. Les risques terroristes font toutefois exception, en ce qu'ils revêtent un certain caractère *intentionnel*.

<sup>508</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 62.

<sup>509</sup> P. LAGADEC, *La civilisation du risque : catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris, Éditions du Seuil, 1981, p. 62-63, cité dans M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 192.

<sup>510</sup> M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 16-18.

« nouveaux » risques<sup>511</sup>. Sa description des caractéristiques des risques propres à la seconde modernité, qui fait largement référence aux risques écologiques, soutient que ce sont des menaces qui :

[...] provoquent systématiquement des dommages, souvent *irréversibles*, restent la plupart du temps *invisibles*, requièrent des *interprétations causales*, se situent donc seulement et exclusivement dans le domaine de la *connaissance* (scientifique ou plutôt anti-scientifique) qu'on a d'eux, peuvent être transformés, réduits ou augmentés, dramatisés ou banalisés par la connaissance, *se prêtent* donc tout particulièrement *aux processus de définition sociale*.<sup>512</sup>

Les dangers auxquels ils renvoient sont dans bien des cas imperceptibles, non circonscriptibles, et d'une envergure impossible à envisager. Ceux-ci apparaissent comme une menace transnationale qui met continuellement en péril le quotidien de l'humanité. Désormais, les conséquences qui leur sont attachées apparaissent non seulement comme étant irréversibles, mais également irréparables, et surtout, multidimensionnelles : elles ne se limitent plus à une atteinte au patrimoine financier de certains individus. De plus, ces menaces ne visent plus des classes particulières : elles sont « démocratiques »<sup>513</sup>, et répondent à un « effet boomerang »<sup>514</sup>. La nature même de l'environnement, et conséquemment la survie de tout être vivant est mise en péril. Il est donc très difficile, voire impossible, de les compenser au moyen d'une quelconque somme forfaitaire attribuée à des victimes, d'autant plus que la survenance des conséquences peut s'étendre sur plusieurs années, voire plusieurs générations<sup>515</sup>. En résumé, Beck synthétise les caractéristiques des

---

<sup>511</sup> Par la suite, sa typologie des risques catastrophiques en dénombre trois genres : les risques environnementaux, économiques et terroristes. Beck fait néanmoins état d'une quatrième sphère de risques qu'il mettra de côté dans plusieurs de ses travaux suivant l'oeuvre de 1986 : il s'agit des « biographical risks closely connected with the dynamics of individualization that play a prominent role in the risks society ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 13.

<sup>512</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 41.

<sup>513</sup> *Id.*, p. 65. Alors que certains risques, par leur ampleur globale, ne répondent plus à une logique de classe, Beck concède évidemment que d'autres continuent d'affecter les classes plus pauvres. Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 130. En tout état de cause, « [t]he poorest will be hit the hardest. They will be least able to adapt themselves to the changes in the environment ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 63.

<sup>514</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 41. Cela implique que même ceux qui participent à créer les situations pouvant mener à des catastrophes sont ultimement visés par les risques. L'effet boomerang implique que les « vrais responsables », comme les propriétaires de compagnies, subiront désormais des conséquences tangibles, par exemple par la transformation de risques sanitaires ou écologiques en risques politiques ou financiers lorsque le risque est amplifié socialement. Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 130.

<sup>515</sup> Quant aux risques économiques, ils renvoient plutôt aux risques du marché financier mondial dont l'effondrement est susceptible de produire des effets catastrophiques. Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 13-14 et 199-203. Enfin, un troisième type de risque préoccupe le sociologue, soit l'anticipation de catastrophes terroristes. Ceux-ci diffèrent particulièrement des risques environnementaux et économiques par

risques globaux en trois caractéristiques : leur *délocalisation* (spatiale, temporelle et sociale), leur *incalculabilité* (et non leur imprévisibilité), et le caractère *non compensable* des conséquences anticipées<sup>516</sup>. Le lecteur portera une attention particulière au fait que ces trois caractéristiques s'opposent directement aux caractéristiques traditionnelles d'un « risque assurantiel » (calculable, collectif et capital)<sup>517</sup>.

Devant l'ampleur et l'essence des dommages envisagés, l'exclusion de la nature dans une gestion rationalisée du social selon l'agenda de la première modernité n'est plus possible. La société est contrainte de renouer les liens avec la nature, qu'elle ne peut plus prétendre contrôler, ni ignorer. Celle-ci y perd cependant sa propre essence, sa réalité :

Nature – especially nature – is not nature but is more than ever a concept, a norm, a recollection, a utopia, an alternative plan. Nature is being rediscovered and pampered at a time when it has ceased to exist. [...] For the nature invoked no longer exists [réf. omises]. What do exist [...] are different forms of socialization and different symbolic mediations of nature (and the destruction of nature), *cultural concepts* of nature, conflicting notions of nature [...].<sup>518</sup>

En droit, la nature n'a pas un statut juridique homogène ou précis. Par exemple, l'air et l'eau font partie des *res communes* (choses communes) qu'aucun ne peut s'approprier juridiquement<sup>519</sup>. Les fonds de terre, les végétaux et les minéraux font toutefois l'objet d'un droit de propriété qui, à défaut d'être privé, sera public<sup>520</sup>. En outre, la doctrine<sup>521</sup> soulève de plus en plus l'existence d'un *patrimoine commun* dont feraient partie l'eau, l'air, les animaux sauvages et la faune aquatique. Des lois particulières peuvent par ailleurs venir préciser le statut juridique de certains éléments de la nature en tant que partie à ce patrimoine commun, comme la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et*

---

leur caractère *intentionnel*. Voir *Id.*, p. 14 et 203. D'ailleurs, Beck précisera que ce type de risque est en quelque sorte hybride, et se situerait donc à mi-chemin entre le risque de la première modernité et de la seconde, ou entre l'accident et la catastrophe. Voir également U. BECK, « La société du risque globalisée revue sous l'angle de la menace terroriste », (2003) 114 *Presses Universitaires de France* 27.

<sup>516</sup> Voir U. BECK, « Living in the world risk society », (2006) 35(3) *Economy and Society* 329, p. 333-334.

<sup>517</sup> Voir la partie 1, sous-section B-I-a.

<sup>518</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 83. Voir également U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 20 à 23 et U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 146. Pour une distinction des conceptions de la nature selon la société industrielle et la société du risque, voir M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 22.

<sup>519</sup> Voir l'article 913 C.c.Q. Le dernier ouvrage de Beck, (*The Metamorphosis of the World : How Climate Change is Transforming our Concept of the World*, préc., note 458), que nous n'avons pas analysé dans le cadre de la présente recherche, aborderait notamment la notion de choses communes (*common goods*).

<sup>520</sup> Voir les articles 900 et 918 C.c.Q.

<sup>521</sup> Voir notamment M. DEVOST, préc., note 497, p. 65.

visant à renforcer leur protection<sup>522</sup>. À noter que cette loi précise que ce *patrimoine commun*, que la *nature* donc, appartiendrait à la *nation québécoise* : « [é]tant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise »<sup>523</sup>. Indirectement donc, la nature s'inscrit toujours comme « droit de propriété », bien que national, ce qui semble curieusement renouer avec la notion de patrimoine *économique* du Code civil<sup>524</sup>. La « nature » devient donc, nous dit Beck, un concept qui est internalisé *dans* la société, et c'est précisément ce qui engendre l'écart entre les risques de la première modernité et de la seconde. Les risques ne sont plus seulement des accidents dont sont victimes les *individus* et dont les lois probabilistes peuvent faire état. Le risque demeure *social*, mais la *société* ouvre ses horizons au-delà de l'individu : le risque intègre désormais leur rapport avec leur environnement.

Cela mène à un constat majeur concernant la gestion des risques. En concevant le risque comme *accident*, et en isolant le social de la nature, il avait été possible de croire que la prévention individuelle et sociale était une technique efficace de réduction des risques. Celle-ci était comprise par les différentes mesures, notamment juridiques, prises pour éviter ces risques lors d'une activité donnée ou en pallier les conséquences, par exemple par le développement des mesures de sécurité et des assurances responsabilité dans les milieux industriels. Comme nous l'avons vu, le portrait statistique de la société à laquelle appartenait l'individu ne le privait pas de son libre arbitre. Il pouvait donc positivement modifier le risque qu'il représentait par la prévention. Dès lors que la conception de la réalité sociale accorde une importance à la nature et l'environnement, la prévention individuelle, même à grande échelle, ne peut plus suffire. Les nouveaux risques qu'encourt un individu ne peuvent pas tous être prévenus par son « bon comportement » individuel, par sa prudence, ou à tout le moins jamais de manière significative.

---

<sup>522</sup> R.L.R.Q., c. C-6.2.

<sup>523</sup> Voir M. DEVOST, préc., note 492, 65.

<sup>524</sup> Au sujet du statut juridique de la nature, voir également M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 201. De plus, à propos du rôle du droit occidental dans la « destruction du commun », voir U. MATTEI, « The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version) », (2011) [en ligne] : <[http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/40/](http://works.bepress.com/ugo_mattei/40/)>.

À ce titre, le fait de ne pouvoir comprendre la *nature* elle-même qu'à travers nos perceptions, sans jamais pouvoir accéder directement à sa propre réalité, pose pour Beck le problème de déterminer sur quelle base il est possible de l'appréhender pour évaluer les risques. À cet égard, ni les « sciences de la nature », ni les « sciences de la culture » n'apportent de réponses si elles travaillent en vase clos<sup>525</sup>. Autrement dit, la société doit nécessairement être appréhendée d'un point de vue global, et non disciplinarisé. En effet, la différenciation des sous-systèmes sociaux deviendrait, selon Beck, absolument obsolète et contradictoire<sup>526</sup> : « [...] the unforeseen consequences of functional differentiation can no longer be controlled by further functional differentiation. In fact, the very idea of controllability, certainty or security – so fundamental to first modernity – collapses »<sup>527</sup>. La gestion des risques catastrophiques ne peut donc se faire selon les institutions de la première modernité, qui opèrent sur la base d'une telle différenciation fonctionnelle. Car les nouveaux risques ne sont pas simplement le symptôme d'une crise écologique ou environnementale : c'est d'une crise des institutions sociales dont il s'agit<sup>528</sup>. La manière dont Beck circonscrit celle-ci, en détermine les causes et envisage la manière d'y réagir demeure intrinsèquement liée à la façon dont il appréhende la notion de risque.

La position de Beck à l'égard des risques se situe à mi-chemin entre le constructivisme et le réalisme<sup>529</sup>. La posture réaliste implique de constater objectivement, scientifiquement, que les risques sont désormais d'une ampleur *globale*<sup>530</sup>. À l'opposé, la posture constructiviste implique que si le danger est bel et bien réel, le risque n'existe quant à lui qu'à travers le discours social qui le constate; il est *social, culturel*<sup>531</sup>. Autrement dit : « realism lays the

---

<sup>525</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 21-23.

<sup>526</sup> M. WEYEMBERGH, préc., note 463, p. 80.

<sup>527</sup> U. BECK et C. LAU, « Second Modernity as a Research Agenda : Theoretical and Empirical Explorations in the "Meta-Change" of Modern Society », (2005) 56(4) *British Journal of Sociology* 525, 526, cité dans M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 35.

<sup>528</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 77.

<sup>529</sup> *Id.*, p. 23-26.

<sup>530</sup> *Id.*, p. 23-24.

<sup>531</sup> *Id.*, p. 24-25. Sur la question de la perception des risques au Québec, voir N. De MARCELLIS-WARIN et I. PEIGNIER, *Perception des risques au Québec. Baromètre Cirano 2012*, Montréal, Presses Internationales Polytechniques, 2012.

stress on *world risk society*, and constructivism on *world risk society*»<sup>532</sup>. C'est en réponse à ce débat entre ces perceptions réaliste et constructiviste des risques que prend ancrage la théorie de la société du risque de Beck<sup>533</sup>. Franchissant l'étanchéité de ces deux approches opposées, il compose à partir de chacune d'elles et défend un *réalisme réflexif*<sup>534</sup>. Cette position épistémologique rompt selon lui avec la naïveté que représente une conception réaliste, puisqu'elle donne la possibilité de s'enquérir du subjectivisme dont est nécessairement empreinte la connaissance scientifique qui permet d'accéder à la « réalité » des dangers. Ce faisant, elle évite également de tomber dans un constructivisme naïf, en soulevant le *double* caractère de la construction des risques, qui ne se construisent pas en fonction de la réalité, mais d'une *construction* de la réalité – la « réalité scientifique »<sup>535</sup>. Briser ainsi l'envoutement naïf du réalisme *et* du constructivisme permettrait d'identifier les

---

<sup>532</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 25. Il importe ici de porter une attention aux expressions en italique pour saisir le propos de Beck : le réalisme mettant l'accent sur le caractère mondial des risques, alors que le constructivisme se concentrant sur le caractère proprement social des risques mondiaux.

<sup>533</sup> *Id.*, p. 22-23. Notons que ce n'est donc pas simplement le rapport à la *nature* qui est problématique, mais indissociablement celui à la *culture*. Voir *Id.*, p. 74.

<sup>534</sup> Voir notamment *Id.*, p. 26 et U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 89.

<sup>535</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 26. « Cette position mitoyenne tient notamment au fait que la connaissance elle-même est un mode de perception qui fait de toute appréciation du risque une démarche empreinte de subjectivisme, et des risques, des notions socialement définies ». Voir S. BRUNET, préc., note 457, p. 32. Voir également U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 30. Beck qualifie le pur constructivisme de « naïve constructivism », parce que cette posture « underestimates the materiality or the 'natural', scientifically diagnosed inherent constraints of global threats, which are by no means inferior to the materiality of economic constraints. Constructivist analyses that lose sight of the difference between destruction as *event* and *discourse* concerning this event can downplay dangers in a cognitivist manner ». Voir *Id.*, p. 89. Ce serait la position épistémologique qu'il attribue aux études gouvernementalistes d'Ewald et de Foucault. Voir *Id.* De nombreux autres auteurs, dans un effort de classification des théories sociales en fonction de l'épistémologie du risque, étiquettent la position d'Ewald de constructiviste. Voir notamment D. LUPTON, *Risk*, London, Routledge, 1999, p. 35. L'on rencontrera souvent la citation suivante d'Ewald au sujet des risques : « [e]n soi, rien n'est un risque, il n'y a pas de risque dans la réalité. Inversement, tout peut être un risque ; tout dépend de la façon dont on analyse le danger, considère l'événement ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 173. Il réfère alors au « mode de traitement de certains événements » par l'assurance, qui est ainsi « un schéma de rationalité, une manière de décomposer, recomposer, d'ordonner certains éléments de la réalité ». Voir *Id.* Selon S. Brunet, il ne s'agirait toutefois pas de la conception du risque que partage Ewald. Voir S. BRUNET, préc., note 457, p. 30. Effectivement, concernant les risques *environnementaux*, Ewald précise sa pensée : « Comme l'expliquent très bien les spécialistes de l'évaluation des risques, il n'y a pas de risque en soi ; la réalité effective du risque, ce qui "crée" le risque, c'est la contestation à laquelle il peut donner lieu. Ce n'est pas dire qu'il n'y ait pas de risques objectifs, que le lancement d'un pétrolier géant, le vol d'un avion, la construction d'une centrale nucléaire ou d'une usine chimique ne comportent pas de risques objectifs. Mais le problème n'est pas tant dans leur existence – comme telle, abstraite –, que dans le fait de leur *acceptation* par une population. [...] L'idée d'une mesure objective du risque n'a pas de sens ici : tout dépend des valeurs partagées par le groupe menacé. Ce sont elles qui donnent sa véritable effectivité au risque ». Voir *Id.*, p. 423-424. Le soulignement est un ajout. Et plus loin de dire : « [a]vec ceci de particulier que le risque ne représente pas seulement une menace virtuelle ou seulement possible, mais bien *réelle*. Le risque donne présence effective – quantifiable – à ce qui n'est pourtant que probable ». Voir *Id.*, p. 426. Cela confirme bien son appartenance au courant constructiviste.

stratégies de pouvoir avec un oeil critique<sup>536</sup>.

Dans le même esprit, J. Pieret indique que le juriste qui considérerait la dimension constructiviste du droit, plutôt que de se limiter au droit *posé*, pourrait « dévoiler les présupposés politiques et moraux des discours ayant présidé à l'adoption des normes juridiques et étudiées »<sup>537</sup>. Cependant, en droit, la définition de la notion de risque renverrait généralement au risque assurantiel<sup>538</sup>. Par ailleurs, dans une recherche au sujet de l'influence de l'analyse beckienne sur l'épistémologie du risque dans la doctrine en droit de l'environnement, Pieret a constaté que « les juristes utilisent le vocable du risque de façon souvent superficielle »<sup>539</sup>. Il attribue notamment la relative imperméabilité de la science juridique par rapport au constructivisme des risques à un positivisme toujours prédominant en droit. Alors qu'il s'agirait peut-être d'un choix « présupposé sinon inconscient », Pieret fait état de « la prédominance d'un paradigme instrumental dans la gestion juridique du risque qui repose largement sur une épistémologie réaliste du risque et qui ce faisant renforce l'étanchéité de la frontière entre les sphères scientifiques et politiques »<sup>540</sup>. L'omniprésence de l'analyse économique du droit n'aiderait d'ailleurs pas à la situation<sup>541</sup>.

En somme, l'avantage de la théorie de la société du risque beckienne serait le suivant : « there is at the same time the immateriality of mediated and contested definition of risk and the materiality of risk as manufactured by experts and industries world-wide »<sup>542</sup>. En ce

---

<sup>536</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 26.

<sup>537</sup> Voir J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, p. 15.

<sup>538</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 186. Voir également la définition de *risque* dans le dictionnaire juridique de H. REID, préc., note 18.

<sup>539</sup> J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, p. 9.

<sup>540</sup> *Id.*, p. 11. En ce sens, Habermas souligne que le positivisme implique une « critique de l'idéologie, qui, au nom de la suppression du dogmatisme et de l'avènement d'un comportement technologiquement rationnel, sépare si opiniâtement la raison de la décision, en vient finalement à automatiser les décisions selon les lois de cette rationalité parvenue à domination ». Voir J. HABERMAS, préc., note 61, p. 339. Selon lui, la déconnexion engendrée par le positivisme scientifique entre une Raison politique librement réfléchie et discutée, et toute décision, mènerait inexorablement à une construction de l'histoire dogmatisée par une raison intériorisée dans la technocratie. Voir *Id.*, 319-346. Ainsi, non seulement y aurait-il étanchéité entre science et politique, l'on peut même supposer un glissement des fonctions politiques dans la rationalité scientifique positiviste, privant le politique de son rôle dans la prise de décision éclairée su sujet de la gestion des risques.

<sup>541</sup> J. PIERET, « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », préc., note 27, p. 12-13.

<sup>542</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 4.



sens, le *global* du réalisme qui se joint au *social* du constructivisme témoigne de l'émergence d'une *world risk society*, laquelle se caractérise par sa réflexivité.

## b. La société réflexive

Le basculement de la première modernité qui s'opère dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>543</sup> conduirait inmanquablement la société à prendre la forme d'une *société du risque*. L'existence de celle-ci ne dépend effectivement pas des acteurs sociaux et de décisions prises collectivement, mais s'opère en sourdine, sans demander de permission :

Risk society is not an option which could be chosen or rejected in the course of political debate. It arises through the automatic operation of autonomous modernization processes which are blind and deaf to consequences and dangers. In total, and latently, these produce hazards which call into question – indeed abolish – the basis of industrial society.<sup>544</sup>

Ce passage automatique dans une société du risque est dû à ce que Beck désigne la *réflexivité*. Ce concept renvoie tout d'abord à « the autonomous, unintentional and unseen, reflex-like transition from industrial to risk society *reflexivity* »<sup>545</sup>. En effet, l'industrialisation engendre par *réflexe* des « modifications non désirées et non conscientes »<sup>546</sup>. Il en résulte que les principes de la première modernité, sa rationalité, sont radicalement compromis, voire rendus obsolètes, sans qu'il eût été nécessaire de les remettre formellement en question<sup>547</sup>. La cause de cette désuétude réside dans le fait que l'industrialisation des sociétés engendre des dangers qui sont réels. La société du risque est ainsi un diagnostic qui est selon Beck non seulement indéniable, mais universel<sup>548</sup>.

Au-delà des dangers encourus, la réflexivité suscite également un phénomène qui n'est pas aussi spontané, soit la *modernisation réflexive*, qui consiste en « the self-confrontation with the consequences of risk society which cannot (adequately) be addressed and overcome in the system of industrial society (Beck, 1992) (that is, measured by industrial society's own

---

<sup>543</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 235.

<sup>544</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 73. Le soulignement est un ajout.

<sup>545</sup> *Id.*, p. 73.

<sup>546</sup> M. WEYEMBERGH, préc., note 463, p. 79.

<sup>547</sup> Selon lui, « in reflexive modernity, the forms and principles of industrial society are dissolved ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 87. Le soulignement est un ajout.

<sup>548</sup> Voir U. BECK et E. GRANDE, préc., note 459, 416.

institutionalized standards) »<sup>549</sup>. Ce n'est donc que lorsqu'elle est conscientisée aux enjeux représentés par la société du risque – la gravité et la nature des dangers, l'incalculabilité des risques –, et qu'elle constate que les principes de la première modernité ne peuvent plus être utilisés pour y remédier, que *la société* devient réflexive<sup>550</sup> :

As long as these developments continue to be seen within the conceptual horizon of industrial society, then, as negative side-effects of seemingly uncountable and calculable actions, their system-breaking consequences go unrecognized. Their central significance only emerges in the perspective and concepts of risk society, drawing attention to the need for reflexive self-definition and redefinition. In the phase of risk society, recognition of the incalculability of the hazards produced by technical-industrial development compels self-reflection on the foundations of the social context and a review of prevailing conventions and principles of « rationality ». In the self-conception of risk society, society becomes *reflexive* (in the narrow sense of the world) – that is, becomes an issue and a problem to itself.<sup>551</sup>

Toutes les communautés et nations vivraient actuellement dans une *seconde* modernité, dans la *société du risque*, qu'elles aient ou non passé par le processus initial de la *première* modernité que nous avons décrit précédemment. Cependant, le processus de *modernisation réflexive* lui-même pourrait être vécu différemment dans certaines sociétés, voire ne pas être déclenché, et ce notamment dans les sociétés non occidentales<sup>552</sup>. Beck soutient que l'infléchissement vers une *société réflexive* serait uniquement possible dans les sociétés « où la véritable misère matérielle est objectivement minorée et socialement exclue par le niveau d'avancement des forces productives humaines et technologiques et des systèmes d'assurances et de régulations juridiques et étatiques »<sup>553</sup>. Il ne fait donc pas de doute que la société occidentale, qui est d'ailleurs au coeur de l'analyse de Beck, correspond définitivement à une société réflexive.

En conséquence de la modernisation réflexive, les effets indésirables de la société industrielle sur la nature et les enjeux sociaux qui en découlent deviennent nécessairement un souci central et suscitent des débats dans la sphère publique, ce qui vient chambouler concrètement l'organisation sociale de la première modernité<sup>554</sup>. En d'autres termes, la société est de plus en plus critique envers elle-même dû aux contradictions véhiculées par

---

<sup>549</sup> Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 73.

<sup>550</sup> « At a second stage this constellation can, in turn, be made the object of (public, political and academic) reflection, but this must not cover up the unreflected, reflex-like "mechanism" of the transition. This is produced and becomes real precisely through abstraction from risk society ». Voir *Id.*

<sup>551</sup> *Id.*, p. 78.

<sup>552</sup> Voir U. BECK et E. GRANDE, préc., note 459, 416-418.

<sup>553</sup> Voir U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 35.

<sup>554</sup> M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 10 et 28-29.

les promesses de sécurité des institutions issues de la première modernité et leur inaptitude à répondre aux nouveaux risques<sup>555</sup>. Ainsi, selon Beck, le processus de modernisation mènerait inexorablement à une ouverture de la « cage d'acier » de Weber, à sa *corrosion*. La société était selon Weber condamnée à demeurer enfermée dans les institutions de la première modernité. Avec la modernisation réflexive, ces institutions seraient appelées à changer :

Due to this unseen and undesired self-discreditation ('reflexive modernization') which is provoked everywhere by the discourse of risk, something ultimately happens which sociologists loyal to Max Weber would consider impossible : *institutions begin to change*. As we know, Max Weber's diagnosis is that modernity transforms into an iron cage in which people must sacrifice to the altars of rationality [...]. The theory of world risk society elaborates the antithesis : the cage of modernity opens up [...].<sup>556</sup>

La réflexivité que prône la théorie de Beck a donc un impact important, puisqu'elle affecte la manière de percevoir la structure de la société, et la nature de ses institutions. Elle permet de demeurer sensible à la nature profonde des transformations institutionnelles qu'engendrent les risques catastrophiques. Il s'agirait donc de vérifier si l'évolution des institutions demeure attachée à la rationalité la première modernité. Les risques catastrophiques nécessitent plutôt des transformations acquiesçant à un changement de rationalité en fonction des spécificités de la société du risque. Conséquemment, nous dit Beck, les analyses sociologiques d'auteurs classiques de la première modernité, comme Weber et Marx, ne suffiraient pas en elles-mêmes comme base afin de réformer les institutions. Ces études, dont l'appareil conceptuel demeure enrichissant, n'ont pas été élaborées en considération des changements majeurs qui ont touché l'appareillage conceptuel des sociétés contemporaine<sup>557</sup>. Pour en tirer des conclusions pertinentes

---

<sup>555</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 194.

<sup>556</sup> U. BECK, *World risk society*, préc., note 460, p. 147-148. Le soulignement est un ajout. A. Giddens voit également la destruction de la cage d'acier, mais sa réflexion diffère de celle de Beck. Certains auteurs voient une complémentarité dans leurs approches respectives. Alors que Beck s'attarde à la *forme* sociale, Giddens traite plutôt de l'*action* sociale. Voir M. HOOGENBOOM et R. OSSEWAARDE, préc., note 461, 603 ; Voir également U. Beck, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 115. Pour Beck, la *cage d'acier* est une prison de *catégories* et d'*hypothèses* de la sociologie classique. Voir U. Beck, *World At Risk*, préc., note 2, p. 133.

<sup>557</sup> Voir M. WEYEMBERGH, préc., note 463, p. 82. À noter que selon l'auteur, Weber aurait démontré être conscient des dangers des conséquences secondaires, sans qu'il puisse les identifier à l'époque. Voir *Id.*, p. 84. De plus, selon lui, la discussion axiologique, qui distingue les fins et les moyens, ainsi que l'opposition entre l'éthique de la conviction et l'éthique de la responsabilité, qui marquent la pensée de Weber, seraient toujours pertinentes dans l'analyse de la société contemporaine. Voir *Id.* Il ne faudrait pas en déduire que nous rejettons l'apport de ces théories sociologiques dans les études contemporaines, ce qui n'est absolument pas le cas. Toutefois, nous considérons que l'analyse de Beck permet d'ajouter une dimension intéressante à notre propos.

aujourd'hui, leurs apports théoriques doivent être recontextualisés, et tenir compte des transformations dans la perception de la réalité sociale. De la même manière, il est justifié de considérer l'apport de la théorie beckienne afin de porter un regard critique sur la société assurantielle et sur la consécration du principe de précaution. L'utilité de cette démarche n'est pas marginale, étant donné que le droit s'ancre nécessairement sur des considérations d'ordre plus globales (politiques, économiques, sociologiques, etc.). Avant de présenter une critique relativement au rôle du droit dans la gestion des risques en lien avec l'évolution de l'assurance et du principe de précaution, il faut toutefois aborder en quoi consiste le principe de précaution.

## **B. Le principe de précaution**

L'incapacité de parer aux dommages potentiels qu'il est possible d'associer aux risques contemporains engendre une importante zone d'inquiétude qui met à nouveau la légitimité sociale de l'activité économique sur la sellette. En effet, l'État ne peut plus miser uniquement sur l'assurance afin de vaincre la peur collective qui s'installe dans la seconde modernité :

Insurance protection (whether private or state organized) had a twofold function from the perspective of social theory, namely, *neutralizing damage* and thereby *neutralizing fear*. To the extent that the expansion of risk outstrips insurance protection, the latter loses its function of neutralizing fear at both the social and the political level, behind the still intact Potemkin façade of insurance protection. Free-floating fears are being set free, especially within the (full coverage) milieu of the European welfare states, which are open to political instrumentalization by all kinds of actors and groups.<sup>558</sup>

À titre de solution potentielle, le principe de précaution est présenté comme un outil permettant d'appréhender les risques contemporains engendrés par l'innovation technologique en situation d'incertitude :

[...] le principe de précaution doit aussi son succès à ce qu'il est la notion à travers laquelle nos sociétés pensent leur régulation comme « sociétés du risque ». Le principe de précaution est contemporain d'une société qui se réfléchit elle-même et ses problèmes en termes de risques, qui fait du risque un principe universel de valorisation, dans un contexte qui oblige à prendre en compte le long terme, et avec lui l'incertitude.<sup>559</sup>

En ce sens, nous proposons d'entamer la présente section par les arguments de Beck

---

<sup>558</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 139.

<sup>559</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », dans F. EWALD, F. GOLLIER et N. DE SADELEER, préc., note 47, p. 38.

relativement à la prise de décision dans la société du risque (I). Ensuite, nous exposerons les propositions doctrinales au sujet du « principe de précaution » tel que consacré dans le droit applicable au Québec (II), avant d'en situer l'analyse dans le contexte plus large de la précaution, référant à une attitude générale et faisant foi d'une approche globale face aux risques (III). Puis, la réception d'un principe de précaution dans la sphère du droit de la responsabilité qui est susceptible d'être consacrée sera présentée (IV). Enfin, la portée de la précaution, spécialement à titre de principe juridique, sera mesurée en examinant ses impacts en droit des assurances (V).

## I. La prise de décision dans la société du risque

La présentation de la société du risque initiant la présente partie a mis en lumière la pierre angulaire des préoccupations de Beck : les risques catastrophiques, ou « nouveaux » risques. Dans ce contexte de « *manufactured insecurity* », où les risques catastrophiques ne peuvent être déniés, ce qui importe davantage selon lui est la manière dont les décisions sont prises<sup>560</sup>. Les nouveaux risques se caractérisent particulièrement par leur caractère global, leur incalculabilité et imprévisibilité, et par leur non-indemnisabilité. Leur nature met ainsi en péril le contrat social de la première modernité en vertu duquel l'État arbitrait légitimement les impératifs de sécurité sociale et la poursuite de l'industrialisation. Ce contrat social était essentiellement, selon Beck, un *risk contract* reposant sur le *risk calculus*, en vertu duquel les « promesses de sécurité » face à l'incertitude du futur pouvaient être institutionnalisées par l'État<sup>561</sup>. Comme l'a démontré Ewald, ce contrat social donnait lieu à un positionnement de l'imaginaire assurantiel en tant qu'élément central du diagramme politique et incidemment, de la responsabilité juridique. Le consensus social qui avait pu régner dans la première modernité, et qui permettait à l'autorité publique de prendre des décisions politiques au nom des citoyens, se rompt dans la société du risque.

---

<sup>560</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 6. Notons que le *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque* (ci-après le « *Cadre d'application* » justifie notamment l'application du principe de précaution (que nous avons qualifié de principe de précaution *procédural*) par la nécessité de prendre des décisions en contexte d'incertitude. Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*, Canada, 2003, p. 3 [en ligne].

<sup>561</sup> Dans les mots de Beck, il était « possible to institutionalize state promises of security in the face of an open, uncertain future ». U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 6.

Cette érosion du contrat social rend chacune des décisions publiques susceptibles d'être accueillies par de virulentes critiques<sup>562</sup>. Il en découle une nouvelle sensibilité sociale qui a un impact dans la structure même de la société :

Thus the framework of risk society again connects what have been strictly discrete areas: the question of nature, the democratization of democracy and the future role of the state. Much political debate over the last twenty years has centred on the decline in the power and legitimacy of government and the need to renew the culture of democracy. Risk society demands an opening up of the decision-making process, not only of the state but of the private corporations and the sciences as well. It calls for institutional reform of those 'relations of definition', the hidden power-structure of risk conflict.<sup>563</sup>

En réponse à cette situation, il faudrait selon Beck diviser les pouvoirs de décision en créant une sphère publique : « [o]nly a strong, competent public debate, "armed" with scientific arguments, is capable of separating the scientific wheat from the chaff and allowing the institutions for directing technology – politics and law – to reconquer the power of their own judgement »<sup>564</sup>. La participation du public permettrait d'intégrer dans l'appréciation essentiellement scientifique des risques, une dimension qui considérerait les choix en lien avec une vie qui serait socialement désirée, un monde dans lequel on aurait choisi de vivre<sup>565</sup>. Ainsi, Beck est d'avis que la recherche scientifique pourrait davantage s'orienter en fonction des préoccupations sociales et moins de celles de l'industrie et de l'économie de marché<sup>566</sup>. En mettant l'accent sur la nécessité d'intégrer un débat public et de s'éloigner d'un monopole de la connaissance scientifique, la théorie de Beck aborde des éléments qui correspondent en surface à ce qui se dégage de la présentation doctrinale du principe de précaution en droit.

---

<sup>562</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 34

<sup>563</sup> *Id.*, p. 5. « Risks are cognitive constructs that are based on relations of power that are inscribed in a system of science and a system of law. That is my understanding of the relation of definition ». Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 136.

<sup>564</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 70. Les *global risk public spheres* ne seraient pas prédéterminées, mais se créeraient en réaction à la nécessité de prendre une décision : « Habermas's public sphere presupposes that all concerned have equal chances to participate and that they share a commitment to the principles of rational discourse. The threat public sphere is founded on involuntariness and is emotionally and existentially determined. [...] A global discourse does *not* arise out of a consensus on decisions, but rather out of *disagreement* over the *consequences* of decisions ». Elles différerait donc des *public spheres* habermassiennes. Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 59.

<sup>565</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 70. La réponse à savoir en quoi consiste cette « vie », ce monde, pourrait sans étonnement être difficile à circonscrire...

<sup>566</sup> *Id.* Si l'un des « objectifs » derrière le principe de précaution que de s'assurer qu'une distance est maintenue entre le politique et le scientifique, cela « ne signifie ni rupture avec le monde scientifique ni délaissement des connaissances scientifiques. » O. GODARD, « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », (2000) 11 *Philosophie politique* 17, 43.

## II. Le « principe » de précaution dans la doctrine juridique

De manière générale, en droit, l'on retient de la définition du principe de précaution que lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique [complète ou absolue] ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures [effectives]<sup>567</sup>. Cette formulation laconique est loin de dissimuler un désir de maîtriser à nouveau les conditions d'existence sociale, ou à tout le moins de ne pas en perdre complètement le contrôle alors que l'incertitude assaillit la société.

Historiquement, le premier germe du principe de précaution – le *Vorsorgeprinzip* –, qui prescrivait d'apporter un soin à la gestion des ressources naturelles, aurait vu le jour dans l'Allemagne des années 1970<sup>568</sup>. De multiples instruments de droit international s'en sont par la suite inspirés afin de consacrer formellement le principe de précaution<sup>569</sup>. Il a aussi

---

<sup>567</sup> Comme les qualificatifs entre crochets le suggèrent, la définition du principe de précaution peut différer d'un texte à un autre, parfois sensiblement, par exemple en ce qui concerne la qualification du type de dommage et le type de mesures. Notons que même en 2010, le principe de précaution ne figure toujours pas dans la 10<sup>e</sup> édition du dictionnaire juridique québécois de H. REID, préc., note 18. Par contre, on retrouve en retrouve une définition dans D. A. DUKELOW (dir.), *The Dictionary of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2011, p. 977-978 : « The principle that where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation ». La définition est tirée de la *Loi fédérale sur le développement durable*, L.C. 2008, c. 33. En France, il a été intégré à certains dictionnaires juridiques dès le début des années 2000. Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 2. Dans G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 778-779 : « Directive de politique juridique qui, pour la sauvegarde d'intérêts essentiels (protection de la santé publique, de l'environnement) recommande (aux gouvernants en particulier) de prendre, à titre \*préventif, des mesures \*conservatoires propres à empêcher la réalisation d'un risque éventuel, avant même de savoir avec certitude (preuves scientifiques à l'appui) que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace effective. Maxime de \*prudence aux contours flous dont la portée juridique et le fondement appellent réflexion, un surcroît de précaution n'ayant de légitimité qu'autant qu'il repose sur une évaluation raisonnable du risque et apporte à celui-ci une réponse pertinente et proportionnée ». Le principe trouve également définition dans les dictionnaires de la langue française : « *Principe de précaution*, selon lequel l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas amener un décideur à différer l'adoption de mesures visant à prévenir un risque sanitaire ou environnemental potentiel ». Voir P. ROBERT (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2016, [Précaution].

<sup>568</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 6.

<sup>569</sup> Ces instruments n'ont cependant pas force de loi en droit interne s'ils ne sont pas ratifiés. Voir S. COMPTOIS, préc., note 45, 402, se référant à l'affaire *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. À ce sujet, voir également la section « Mise en oeuvre des traités dans le droit interne canadien », dans C. EMANUELLI, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 313 et suiv. Pour des exemples d'instruments internationaux ayant intégré le principe, une éthique ou attitude de précaution, voir : Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1990), Convention de Londres (1972) - Résolution LDC 44/14 (1991), Convention sur la diversité biologique (1992), Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (1992), Convention sur la protection du

été incorporé dans le droit national de plusieurs États, principalement en Europe. Le passage d'un principe qui met l'accent sur la protection de la nature, le *Vorsorgeprinzip*, à un principe qui veut éradiquer les dangers, le principe de précaution<sup>570</sup>, est intéressant. En effet, ce changement de perspective semble correspondre au changement de paradigme social exposé par Beck, soit une société qui se réfléchit désormais en termes de risques ; nous y reviendrons plus loin.

La France sera le premier État à l'introduire en droit national dans la loi Barnier dès 1995<sup>571</sup>. Quant aux États-Unis, leur attitude vis-à-vis du principe de précaution aurait généralement été caractérisée par une résistance s'illustrant notamment par la *no regrets policy*<sup>572</sup> instaurée dans les années 1990 au sujet du réchauffement climatique<sup>573</sup>. Quoi qu'il en soit, non seulement le principe de précaution gagne-t-il généralement du terrain à l'échelle internationale parmi les outils juridiques en matière environnementale, mais son champ d'application tend à se diversifier notamment aux risques alimentaires et sanitaires<sup>574</sup>.

---

milieu marin dans la zone de la mer Baltique (1992), Convention sur la protection du milieu marin du Nord-Est de l'Atlantique (1992), Traité sur l'Union européenne (1992), Charte mondiale de la Nature (1982), Déclaration de la deuxième Conférence sur la Mer du Nord (1987), Recommandation du Conseil d'administration du PNUE (1989), Déclaration de Bergen (1990), Déclaration de la troisième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1990), Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), répertoriés dans BUREAU DE LA LCPE, ENVIRONNEMENT CANADA, PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT, *La LCPE et le principe de ou l'approche de précaution*, Examen de la LCPE : document d'élaboration des enjeux 18, Hull, Ministère des Approvisionnements et Services, 1994, p. 29-32.

<sup>570</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 7.

<sup>571</sup> P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 11.

<sup>572</sup> La *no regrets policy* implique une diminution du contrôle gouvernemental quant à l'activité économique en lien avec les changements climatiques. Voir J. ADLER, « Greenhouse policy without regrets. A Free Market Approach to the Uncertain Risks of Climate Change », (2000) *Competitive Enterprise Institute*, 6 janvier 2015, [en ligne].

<sup>573</sup> Les États-Unis auraient néanmoins mis en place dès les années 1970 plusieurs mesures s'apparentant à une démarche de précaution en cas d'incertitude scientifique et parleront plutôt de *risk assessment*. Voir H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 in fine de la Loi sur la qualité de l'environnement », (2002) 43 *C. de D.* 103, 107-108 ; voir également P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 571, p. 74.

<sup>574</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 23. Il aurait également été étendu en matière de protection du consommateur. Voir M. ARBOUR, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international », (2002) 43 *C. de D.* 5, 7 ; voir également OPTION CONSOMMATEUR, *Pertinence pour le consommateur de l'application du principe de précaution en sécurité alimentaire au Canada*, par D. NAKACHE, avec la collab. de M.-F. HUOT, Montréal, Bureau de la consommation, Industrie Canada, 2003.



Alors que le principe de précaution gagnait en popularité en Europe, il n'a pas fait l'objet d'autant de débats au Québec. Dans le droit applicable, il est inclus progressivement dans le corpus législatif, quoique de manière plus réservée<sup>575</sup>. Il a d'abord été adopté dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*<sup>576</sup> en 1999 pour être ensuite intégré parcimonieusement aux législations fédérale et provinciale dans les années 2000. Trois principaux modes d'introduction législative sont généralement préconisés<sup>577</sup> :

1. Le principe de précaution est mentionné dans le *préambule* de la loi<sup>578</sup>.
2. Le corps du texte législatif l'intègre *expressément*<sup>579</sup>.
3. Le corps du texte législatif y réfère *implicitement*<sup>580</sup>.

Ainsi, certains diront qu'il ne se trouve pas *un* principe de précaution<sup>581</sup> qui régirait l'entièreté des risques contemporains, mais *des incarnations* de celui-ci dans des lois

---

<sup>575</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 413 ; BUREAU DE LA LCPE, préc., note 569, p. 11. Spécifions que lorsqu'il est question de l'intégration du principe de précaution au Québec, la législation fédérale applicable dans la province est également prise en considération. En outre, « [l]a manifestation la plus évidente du principe de précaution en droit canadien est celle qui résulte de l'adoption par les pouvoirs publics compétents de dispositions législatives ou réglementaires pour transposer en droit interne des normes internationales souscrites par le Canada ». Voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 455, 463.

<sup>576</sup> L.C. 1999, c. 33. À titre de précision, dans la législation fédérale, l'équivalent francophone du terme anglophone « precautionary principle » est « principe de prévention » et non de précaution.

<sup>577</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 401.

<sup>578</sup> Le préambule fait partie du texte de la loi et en expose les motifs, l'objet et la portée, voir la *Loi d'interprétation*, R.L.R.Q., c. I-16, art. 40, al.1 et la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 13. En ce qui concerne la valeur à accorder au préambule d'une loi dans son interprétation, voir : P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 72-75. Exemples : *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, préc., note 570 ; *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, L.C. 2002, c. 18 ; *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, L.C. 2010 c. 21 ; *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29 ; *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31.

<sup>579</sup> Exemples : *Loi sur le développement durable*, R.L.R.Q., c. D-8.1.1, art. 6 (j) ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, préc., note 570, art. 2 (1) a), 6 (1.1) et 76.1 ; *Loi fédérale sur le développement durable*, préc., note 561, c. 33, art. 2 ; *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, préc., note 572, art. 9 (3) ; *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, c. 28, art. 20(2) ; *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 2012 c. 19, art. 4 (2). En outre, certains textes réfèrent expressément au principe de précaution sans le définir, par exemple : *Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2, art. 31.76, 31.102 ; *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, DORS 2007-272, art. 1 (2). Il est à noter que certaines lois, qui n'ont pas été répertoriées en l'espèce, pourraient se limiter à ratifier un traité international qui inclurait le principe de précaution sans en refaire spécifiquement mention dans le texte.

<sup>580</sup> Les effets du principe de précaution pourraient aussi être ressentis en droit québécois indépendamment de sa consécration explicite dans les textes internes, par exemple en atténuant le fardeau de preuve que doivent rencontrer les autorités publiques avant de justifier la prise de mesures ou en renvoyant à des valeurs « susceptibles d'intervenir dans la détermination du caractère raisonnable de tout exercice de pouvoir discrétionnaire dans un contexte de précaution ». Voir G. CARTIER, « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif », (2002) 43 *C. de D.* 79, p. 100. Par exemple, voir la *Loi sur les agents pathogènes humains et les toxines*, L.C. 2009, c. 24, art. 6.

particulières concernant des domaines d'activités bien précis<sup>582</sup>. Quant aux définitions du principe, plusieurs composantes sont susceptibles d'être adaptées :

[Elles] pourront faire état de la présence d'un contexte d'incertitude scientifique quant à l'existence d'un risque, de la possibilité que ne surviennent des dommages en cas de réalisation du risque, de la nature et de l'étendue de ces dommages potentiels, de la ressource à protéger, du poids ou de la qualité de la preuve scientifique nécessaire pour justifier l'application de mesures de précaution, de la nature des mesures qui peuvent être prises.<sup>583</sup>

Devant telle pluralité de manifestations du principe de précaution dans les textes législatifs, peu de conclusions d'ordre général quant à sa portée et à son application juridique ont été tirées<sup>584</sup>. Son fonctionnement précis n'a d'ailleurs pas été résolument articulé par la jurisprudence dans un arrêt phare<sup>585</sup>. Incidemment, confrontés à une grande discrétion et un cadre d'application imprécis<sup>586</sup>, les juges sembleraient parfois recourir à des critères contigus leur étant plus familiers, par exemple celui de la raisonnable<sup>587</sup>. L'ensemble des décisions administratives de l'autorité publique n'est toutefois pas soumis au principe de

---

<sup>581</sup> Selon les américains, l'existence d'un principe de précaution « universel » serait de l'ordre du mythique, peut-être aussi probable que l'existence d'une licorne ! Voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 476, référant à J. GRAHAM, « The Role of Precaution and Risk Assessment in Risk Management : An American's View », (2002), p. 2 : <[http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eu\\_speech.html](http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eu_speech.html)>.

<sup>582</sup> Les dispositions au caractère parfois plutôt technique reflètent les engagements internationaux et la volonté d'intégrer le principe de précaution *dans des matières circonscrites*, *Id.*, 463.

<sup>583</sup> H. TRUDEAU et T. LEROUX, « Conjurer un sort incertain : Le principe de précaution et l'évaluation des espèces en péril au Canada », (2008) 87 *R. du B. can.* 161, 172-173.

<sup>584</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 407. Une semblable ambiguïté est également perceptible en droit international, M. ARBOUR, préc., note 574, 7 : « Souvent, le législateur s'exprime de façon ambiguë justement parce qu'il cherche à concilier différents intérêts qui peuvent entrer en conflit avec la préservation de l'environnement, qu'il s'agisse d'intérêts économiques, sociaux, culturels ou autres. Le législateur s'attend probablement à ce que le juge se fasse l'arbitre ultime de ces différents intérêts dans un contexte donné » Voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, p. 514.

<sup>585</sup> Certains jugements, en révision de décisions administratives ou en contrôle judiciaire de celles-ci, distinguent tout de même plusieurs éléments qui caractérisent le régime procédural propre à l'application du principe de précaution. Ces décisions doivent toutefois être analysées dans le contexte du corpus législatif et réglementaire propre au domaine visé, étant donné que le principe de précaution s'inscrit nécessairement dans celui-ci. L'arrêt *Weir c. Canada (Santé)*, [2011] AZ-50809787 (C.F.) en est un exemple.

<sup>586</sup> Le *Cadre d'application*, préc., note 554, qui énonce un certain nombre de principes visant à uniformiser l'application du principe de précaution, n'est pas d'une limpide clarté. Des directives administratives pourraient mieux encadrer le principe de précaution, voir H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 583, 163. L'existence de telles directives n'a pas fait l'objet de recherches plus approfondies étant donné que celles-ci ne sont pas nécessaires afin de valider l'hypothèse de l'étude.

<sup>587</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 408. Au Québec, dans la *Loi sur le développement durable*, préc., note 579, art. 6, le principe de précaution fait d'ailleurs partie d'une liste de principes dont l'autorité administrative doit tenir compte, par exemple : l'équité et la solidarité sociales, la protection de l'environnement, l'efficacité économique, la participation et l'engagement, la prévention, la production et la consommation responsable, l'internalisation des coûts, etc.

précaution<sup>588</sup> : celles-ci le sont seulement dans les matières où une disposition législative le prévoit<sup>589</sup>.

Au terme du régime essentiellement procédural qui découle de l'application juridique du principe de précaution, l'administration publique peut soit autoriser l'activité ou la substance en jeu, en assortissant son autorisation de modalités ou non, soit l'interdire<sup>590</sup>. Toute décision en ce sens peut donner lieu à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable :

La norme du caractère manifestement déraisonnable sera vraisemblablement applicable lorsque le contrôle judiciaire vise à déterminer si les conditions pour invoquer le principe sont réunies. Comme l'explique la professeure Cartier, « il faut en effet être expert pour évaluer la crédibilité de diverses hypothèses et pouvoir conclure à l'absence de certitude scientifique sur une question donnée. [...] Ainsi, la question précise de savoir si les parties se trouvent dans un contexte qui exige l'application du principe de précaution relève de l'expertise du décideur, et ce facteur entre en jeu dans la détermination du degré de déférence dont les cours de justice doivent faire preuve à l'égard de cette détermination ». Par contre, une fois établi que le contexte d'incertitude nécessite la prise en compte du principe de précaution, le contenu des mesures à prendre ne relève pas nécessairement de l'expertise du décideur. La science et la technique dans ces circonstances atteignent leurs limites et c'est davantage dans les sphère [sic] politique et sociale que se trouvera l'orientation à suivre. Le tribunal appelé à contrôler la décision pourrait fort bien alors être aussi bien placé que l'expert pour décider de cette orientation.<sup>591</sup>

---

<sup>588</sup> Le principe de précaution vise principalement les autorités publiques. Cependant, selon certains auteurs, l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 573, renverrait implicitement à une application du principe de précaution, voir H. TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 in fine de la Loi sur la qualité de l'environnement », préc., note 573, 125 et 128 ; O. NADON, « Les volets de l'article 20 ont-ils besoin d'être changés ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 347; G. A. LEGAULT et al., *Nanotechnologies et principe de précaution. Forces et limites de l'appel au principe*, collection Enjeux Éthique Contemporains, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 123. Dans ce contexte, l'application du principe pourrait s'étendre à d'autres acteurs que les autorités publiques vu la formulation « Nul ne doit [...] ».

<sup>589</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 407. Toutefois, lorsque le principe de précaution ne se trouve que dans le préambule d'une loi, il n'a pas la même valeur contraignante, mais doit néanmoins inspirer l'action gouvernementale, voir H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 583, 164.

<sup>590</sup> H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 467. Une activité ou substance ayant déjà été autorisée peut en certaines circonstances être subséquemment interdite, et vice-versa.

<sup>591</sup> *Id.*, 518-519, se référant à G. CARTIER, « La révision judiciaire de la discrétion administrative : les enseignements des affaires *Spraytech* et *Mont-Sinaï* », S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89-93. Voir également G. CARTIER, préc., note 580, 97-98. À titre d'exemple dans la jurisprudence, voir notamment : *Weir c. Canada (Santé)*, préc., note 579 ; *St-Damien (Municipalité de) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, [2012] AZ-50868722 (C.S.) ; *Greenpeace Canada c. Canada (Attorney General)*, [2014] AZ-51076031 (C.F.). La rature dans la citation est un ajout. Au sujet des normes de contrôle judiciaires : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

À cet égard, à moins que la loi prévoit des dispositions spécifiques<sup>592</sup>, le fait de ne pas avoir spécifiquement appliqué le principe de précaution ne suffirait pas à invalider une décision jugée autrement raisonnable<sup>593</sup>.

Le pouvoir décisionnel de l'Administration demeure donc très discrétionnaire. C'est pourquoi il semble important de promouvoir l'existence d'un dialogue social en tant que valeur fondamentale dans la société. Cela permettrait de prévenir que les décisions publiques soient strictement justifiées en fonction des expertises scientifiques et techniques<sup>594</sup>. La prise de position politique quant à l'existence et à la valeur d'un risque se ferait donc sur la base des interventions et débats entre scientifiques, industriels et citoyens.

L'expertise scientifique demeure néanmoins un élément essentiel dans le processus décisionnel. Une des fonctions du principe de précaution est d'ailleurs de garantir que soit maintenue une distance entre la décision politique et les conclusions des scientifiques<sup>595</sup> :

Precaution seeks to reinforce an appropriate division of labour between science and law-making : scientists can provide data and analysis regarding actual and potential sources of risk,

---

<sup>592</sup> Les détails du régime procédural à suivre par l'administration publique peuvent être enchassés dans la loi, comme c'est le cas dans la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29. Voir H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 583. Il faudra alors que l'administration publique respecte la procédure prescrite. Autre exemple, dans le cas de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, alors que le préambule et l'article 2 mènent à une application « transversale » du principe de précaution dans les divers champs d'application de la loi, l'art. 76.1 prévoit spécifiquement la prise en compte du principe lors des évaluations et examens mentionnés concernant la toxicité des substances, H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 481.

<sup>593</sup> S. COMPTOIS, préc., note 45, 409. Selon l'auteure, le rôle des tribunaux serait plus étendu en appel d'un jugement de première instance.

<sup>594</sup> G. CARTIER, préc., note 580, 93. « [...] le caractère discrétionnaire de la décision traduit une intention législative de conférer une marge de manoeuvre importante au décideur et d'exiger en corollaire une déférence judiciaire susceptible de se traduire par l'application d'une norme de contrôle peu (ou très peu) sévère [...]. Or, le caractère raisonnable de la décision rendue dépend en partie de sa compatibilité avec les valeurs "sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire". Dans la foulée des affaires *Baker* et *Spraytech*, il est permis de penser que les valeurs que véhicule le principe de précaution sous-tendent toute délégation de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être exercé dans un contexte de précaution. [...] Cependant, si les cours de justice ne peuvent légitimement se prononcer sur le fond des questions de cette nature, elles doivent s'assurer que le processus adopté par les décideurs favorise le dialogue et les débats nécessaires à la prise de décision. En effet, l'élargissement du processus de délibération portant sur les mesures à prendre dans un contexte de précaution constitue probablement la valeur la plus importante que véhicule le principe de précaution : "En l'absence de certitude, la précaution consiste à privilégier la rigueur procédurale." [...] C'est donc dire que les cours de justice doivent vérifier le processus suivi par les décideurs administratifs placés dans un contexte de précaution, de manière à s'assurer que les conditions nécessaires à un débat public élargi soient réunies, plutôt que de tenter d'évaluer elles-mêmes la question de savoir si la décision prise respecte les normes de fond de la précaution ». Voir *Id.*, 97-98.

<sup>595</sup> O. GODARD, « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », préc., note 566, 36.

but they cannot determine what level of risk is acceptable, or what measures and trade-offs are justified in an effort to avoid or diminish risk. This is the task of legislator, ideally in close consultation with affected individuals, including industry and members of the public.<sup>596</sup>

Le degré de preuve scientifique requis afin de déclencher l'application du principe de précaution n'est par contre pas clairement indiqué dans les textes de loi. Un risque dont la possibilité découle de simples spéculations ne serait pas suffisant. Une prépondérance de preuve, et même peut-être un « doute raisonnable », serait nécessaire pour que le principe de précaution puisse être allégué<sup>597</sup>.

Lorsque des mesures sont adoptées au sujet de l'exercice d'une activité en vertu du principe de précaution, celles-ci peuvent prendre la forme de mécanismes d'intervention indirects (lois strictes de responsabilité, mécanismes d'assurances, formes de participation publique) ou directs (méthodes de production non polluantes, contrôles antipollution, interdits de pollution, etc.)<sup>598</sup>. Par ailleurs, afin de ne pas nuire au commerce international, certains auteurs estiment qu'il s'agirait de « trouver un point d'équilibre entre le droit qu'a un État de se prémunir contre certains risques environnementaux qu'il juge inacceptables et les droits que possèdent tous les autres États au respect des règles du jeu commercial si péniblement

---

<sup>596</sup> J. ELLIS, « Overexploitation of a Valuable Resource ? New Literature on the Precautionary Principle », (2006) 17 E.J.I.L. 445, 450-451, cité dans H. TRUDEAU et T. LEROUX, préc., note 583, 165. H. Trudeau parlera d'un *arbitrage* de l'administration publique entre les experts et les citoyens. Puisque l'administration publique est appelée à appliquer son propre jugement autant lors du choix des mesures de gestion que lors de l'évaluation des risques, en regard des valeurs et des priorités qu'elle établit comme étant celles préconisées par la société, la possibilité d'un conflit d'intérêts ne serait pas à exclure, *Id.*, 173. Que le choix de terminologie se soit arrêté sur la notion d'arbitrage est néanmoins intéressant. Sans en exagérer la signification, ne faisons que soulever qu'il nous renvoie instinctivement au caractère *transactionnel* du droit social que nous avons décrit dans la partie précédente.

<sup>597</sup> H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 487. Le *Cadre d'application* fait référence à un fondement scientifique suffisamment solide ou crédible, ce qui « devrait signifier posséder un ensemble d'informations scientifiques - empiriques ou théoriques - permettant d'établir la validité d'une théorie, incertitudes comprises, et révélant un potentiel de risque ». Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 560. « La Régie conclut de l'examen de la preuve qu'elle a entendu que le Projet ne présente pas ce niveau de risque qui justifierait l'application du principe de précaution. Ce principe s'applique lorsqu'il y est reconnu qu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible pour la santé. La preuve ne montre pas que tel soit le cas et va plutôt dans le sens contraire ». Voir *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2012-127 (Régie de l'énergie du Québec), par. 482.

<sup>598</sup> BUREAU DE LA LCPE, préc., note 569, p. 8. En France, divers projets de lois auraient également soulevé « la nécessité de lier la prise de risque à un dispositif d'assurance ». Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 22. Dans son *Cadre d'application*, le gouvernement fédéral suggère d'ailleurs qu'« une certaine assurance est nécessaire pour guider la prise de décisions, notamment dans les cas où l'incertitude scientifique est grande ». Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 560, p. 2.

élaborées au cours du dernier demi-siècle [...] »<sup>599</sup>. L'application du principe de précaution consacré dans la loi est donc, somme toute, assez circonscrite. En l'absence de disposition particulière en droit national, c'est en vertu de sa consécration en droit international que le principe de précaution pourrait être utilisé dans l'interprétation des lois applicables<sup>600</sup>.

Nous avons ainsi fait le point sur l'état du droit applicable au Québec en fonction notamment de la doctrine, qui circonscrit généralement le principe de précaution en tant qu'outil s'adressant à l'État, et plus précisément aux dispositions législatives qui initient un régime procédural encadrant la prise de décision concernant certains types de produits, technologies et activités. Nous remarquons sans difficulté le parallélisme entre la position de Beck et le discours doctrinal entourant le principe procédural de précaution, étant question de légitimer les décisions en situation d'incertitude, et d'instituer un dialogue social afin d'éviter un monopole de la science. Les explications entourant l'adoption du principe procédural de précaution s'alimentent de ces éléments, d'autres permettent toutefois la critique de celui-ci. Avant d'aborder le principe de précaution de manière critique, des précisions supplémentaires à l'égard de sa nature et de ses impacts en droit des assurances s'imposent. Nous souhaitons à présent recadrer cette analyse exégétique dans une perspective plus large afin de démontrer que si le principe de précaution demeure généralement analysé sous l'angle procédural, il est néanmoins pertinent de comprendre et de distinguer les autres ramifications de la précaution et ses interactions possibles en droit.

---

<sup>599</sup> M. ARBOUR, préc., note 574, 18. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) aurait d'ailleurs manifesté sa crainte que le principe de précaution serve à justifier l'adoption de mesures protectionnistes, *Id.*, 13. Notons que « [s]elon la doctrine officielle de l'OMC (144 États représentant 90 p. 100 du commerce mondial), en règle général, le commerce accroît la richesse, assure le bien-être des individus et conduit les peuples au bonheur en contribuant au progrès social et à la satisfaction des besoins fondamentaux. L'OMC se plaît à souligner qu'elle n'est pas une agence de protection de l'environnement et qu'elle doit poursuivre la libéralisation du commerce et faire en sorte que les politiques environnementales n'entravent pas les échanges commerciaux » . Voir *Id.*, 8.

<sup>600</sup> *114957 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241. « Et même cela est controversé. [...] La jurisprudence refuse, en l'absence de textes législatifs ou réglementaires en prévoyant le respect, de le considérer comme une norme juridique autonome. De plus, malgré l'ouverture manifestée par la majorité. Ce principe n'a, semble-t-il, toujours pas acquis le statut de norme coutumière en droit international ». Voir S. COMPTOIS, préc., note 45, 405-406. Le gouvernement fédéral indique d'ailleurs ne pas conférer de valeur coutumière au principe de précaution dans le *Cadre d'application*. Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 554. Précisons que nous avons consciemment choisi d'exclure de notre analyse un volet de droit international en raison du fait que le principe de précaution, même dans ses formulations de droit international, renvoie à des décisions qui sont ultimement prises par chacun des États qu'il concerne et peut ainsi être appliqué avec plus ou moins de rigidité. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 25.

### III. La précaution en droit : considérations sémantiques et distinctions conceptuelles

Dans son acception générale, le terme précaution renvoie à une « [d]isposition prise pour éviter un mal ou en atténuer l'effet », ou encore une « manière d'agir prudente, circonspecte »<sup>601</sup>. Cela étant, tout comme l'assurance peut représenter une technologie, une institution, une forme ou un imaginaire, la précaution se ramifie elle aussi en des branches similaires qui doivent être distinguées les unes des autres<sup>602</sup>. La caractérisation ambivalente du *principe* de précaution dans la doctrine juridique semble effectivement avoir une double origine : d'une part, on se questionne sur la nature et le contenu de la précaution en tant que philosophie morale, et d'autre part, sur la portée possible en droit d'un principe *juridique* qui y serait associé, au-delà de l'outil procédural. De plus, l'issue de l'application de la philosophie de précaution, que ce soit ou non en raison de l'existence d'un principe de précaution contraignant, consisterait en des *démarches* et des *mesures* de précaution. Il s'agit donc d'abord de clarifier ce qui distingue ces différents domaines de la précaution afin de pouvoir ensuite circonscrire les éléments qui interagissent avec le droit des assurances et la nature de ces interactions<sup>603</sup>.

La littérature juridique au sujet du principe de précaution renvoie abondamment au *principe*

---

<sup>601</sup> P. ROBERT (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, préc., note 567. Sur la notion de « précaution », voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p.3-4.

<sup>602</sup> Ewald distingue le *principe* de précaution de l'*attitude* ou l'*éthique* de précaution, lesquels « se concrétisent dans des démarches de précaution, qui vont mettre en oeuvre des techniques de précaution, coordonnées dans des dispositifs de précaution [...] ». Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 43. Certains auteurs font également la distinction entre principe et *approche* de précaution, quoi que l'on puisse soulever que l'utilisation de ces différents termes engendre parfois plus de confusion qu'autre chose. Voir G. A. LEGAULT et al., préc., note 588, p. 48-49. O. Godard a quant à lui schématisé la précaution en référence à trois « axes de tension » exploités différemment selon le type de mise en oeuvre de la précaution : science/imagination, opinion/raison et intérêts/éthique. Les trois types idéaux de mise en oeuvre se résumeraient au « règne de l'opinion », au « gouvernement des sages » ou au « prince éclairé ». Voir O. GODARD, « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », préc., note 566, 44-47.

<sup>603</sup> Les distinctions conceptuelles et sémantiques présentées sont utiles afin de démontrer la polysémie et les possibilités de confusion qui résultent de l'utilisation de cette notion. Les idées présentées ici sont inspirées de différents ouvrages consultés. Ceux-ci ne présentent toutefois pas tous le principe de précaution de la même manière, et révèlent même parfois des divergences de point de vue. C'est en ce sens que nous avons pris la liberté d'offrir notre propre grille analytique. Nous mettons toutefois en garde le lecteur de ne pas aborder notre catégorisation de manière excessivement hermétique, puisqu'elle est essentiellement exploratoire. Nous demeurons conscients que des nuances supplémentaires pourraient être apportées.

*responsabilité* de Hans Jonas<sup>604</sup>. En instaurant une « heuristique de la peur » incitant à ne pas faire fi des intérêts des générations futures et de la nature, de même qu'à anticiper les menaces, la position de Jonas s'inscrit ainsi en opposition à celle d'Ernst Bloch, qui prônait le *principe espérance* concernant le progrès<sup>605</sup>. C'est dans l'attitude éthique envers l'avenir préconisée par Jonas qu'on perçoit un précurseur du principe de précaution<sup>606</sup>. Or, des précisions s'imposent lorsqu'il s'agit de mettre celui-ci en lien avec le *principe responsabilité*. Bien qu'une influence existe certainement entre la réflexion éthique qu'offre Jonas avec son principe de responsabilité et la philosophie derrière l'*attitude* de précaution, il ne faudrait pas les confondre par mégarde avec le *principe* de précaution tel qu'introduit dans le système juridique<sup>607</sup>. Ce dernier renvoie au régime *procédural* que doit respecter l'autorité publique :

En effet, indépendamment des règles, des normes, des procédures que l'administration sera habilitée à mettre en oeuvre, secteur par secteur, en application du principe de précaution, on est conduit, en raison même de la nouveauté apparente du principe comme des caractéristiques des situations où on l'invoque, à donner au principe de précaution le sens d'une nouvelle attitude vis-à-vis du risque et de l'incertitude. On va chercher à décrire la philosophie qui l'inspirerait et à en faire une sorte de philosophie générale des obligations vis-à-vis du risque dans notre société, une philosophie qui, dès lors, dépasserait la sphère des politiques publiques pour concerner l'ensemble des décideurs, du grand industriel du nucléaire jusqu'au plus humble citoyen. Dans cette extension, on ne parle plus du principe de précaution, telle que la notion est visée par les textes, mais d'une éthique de précaution qui devrait être l'affaire de tous, et pourrait être à la base de ce que certains ont appelé une « écocitoyenneté ».<sup>608</sup>

Il ne s'agit toutefois pas ici de déterminer quel serait le contenu d'une philosophie morale ou d'une éthique de la précaution, mais plutôt de souligner que le « principe » de précaution, en tant que type d'outil procédural introduit dans la loi, ne porte pas de valeur éthique *prima facie*. Autrement dit, il serait opportun de distinguer l'éthique de précaution du principe procédural de précaution. En lui-même, celui-ci est amoral. Ce sont les orientations qui

---

<sup>604</sup> Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 33. Voir également H. COUSY, « Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances », dans B. DU BUISSON et al. (dir.), *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2003, p. 688.

<sup>605</sup> K. T. SÉKPONA-MÉDJAGO, *Défis technologiques et principe de précaution pour une réflexion sur le principe responsabilité de Hans Jonas et les fondements de l'éthique du bien commun*, Québec, Faculté de philosophie, Université Laval, 2007 p. 138 et suiv.

<sup>606</sup> Ewald précisera que la philosophie de la précaution, contrairement au *principe responsabilité* jonassien, « ne condamne pas la puissance technologique : elle attend qu'elle soit mise en oeuvre autrement, avec d'autres objectifs ». Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 33.

<sup>607</sup> « Toutefois, le principe de précaution ne constitue pas la consécration de la proposition philosophique [de Jonas] ». Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 252. Voir également C. KERMISCH, préc., note 6, p. 73.

<sup>608</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 27.



guideront l'autorité publique qui feront en sorte que la décision prise en vertu du principe de précaution, donc en suivant le régime procédural, sera teintée par une *philosophie*, une *éthique* de précaution<sup>609</sup>. L'influence du *principe responsabilité* de Jonas se jouerait donc plutôt au niveau des questions éthiques qui peuvent se poser dans l'application du principe de précaution, et auxquelles nous ne proposons pas de répondre ici<sup>610</sup>. Cette double dimension de la précaution, soit le volet procédural, essentiellement *légal*, et le volet *éthique*, ajoute certainement un degré d'incertitude susceptible de complexifier la possibilité d'en arriver à une compréhension claire de la portée possible de l'application du principe de précaution en droit. En effet, il n'est pas toujours aisé de bien distinguer l'éthique de précaution, véhiculant un certain nombre de valeurs, et le principe de précaution en tant qu'outil purement procédural, tel qu'il est quasi exclusivement décrit dans la doctrine.

Les auteurs font souvent foi de l'existence de deux conceptions du principe de précaution qui s'opposeraient<sup>611</sup>: la version *forte* du principe, offrant une perspective *anti-risques* ou *écocentriste*, privilégie l'interdiction pure et simple tant que l'absence de risque n'est pas prouvée<sup>612</sup>; et la version *faible* du principe, offrant plutôt une perspective utilitariste, intègre

---

<sup>609</sup> Rappelons que selon la formulation du principe choisie, celui-ci peut déjà laisser transparaître une certaine tendance quant à l'attitude de précaution qu'il sous-tend. C'est en ce sens que certains diront que « [l]e principe de précaution offre de passer de l'éthique au droit ». Voir V. FORRAY, « Le principe de précaution ou les surprenantes ressources de la responsabilité juridique », dans *Aspects juridiques de la protection du consommateur dans l'Union Européenne*, Vilnius, Éditions Mykolo Romerio Universitas, 2011, p. 104.

<sup>610</sup> Transposer le *principe responsabilité* au principe de précaution serait donc une prise de position éthique qui le rapprocherait d'une règle d'abstention. Voir O. GODARD, « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », préc., note 566, 40. Pour en savoir plus sur la philosophie de la précaution et son lien avec le *principe responsabilité* de H. Jonas, voir la thèse de doctorat : K. T. SÉKPOA-MÉDJAGO, préc., note 605. Le lecteur qui s'intéresserait à ces questions doit toutefois se garder de bien distinguer en quoi la philosophie de la précaution présentée dans cette thèse ne doit pas être perçue comme une analyse du principe *procédural* de précaution. De plus, la philosophie éthique qu'elle présente peut ne pas correspondre à la position politique retenue en matière de précaution, ce que nous n'avons pas vérifié. Quand à M. Boutonnet, elle présente le propos de Jonas en tant que proposition philosophique concernant l'extension de la responsabilité civile. Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 246 et suiv.

<sup>611</sup> Cette dichotomie s'illustre dans une conception du principe en tant que règle d'action ou d'abstention. Voir O. GODARD, « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », préc., note 566, 29 et suiv. Une multitude de positions intermédiaires peuvent évidemment exister : « Il y a des degrés dans la précaution », parce que la formulation du principe est variable, et parce qu'une multitude de mesures différentes peuvent être prises. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 25.

<sup>612</sup> Les groupes écologistes pourraient militer pour une telle version *forte* du principe. À titre d'exemple, Greenpeace suggérerait l'application stricte du principe de précaution et donc l'imposition d'un moratoire en matière de gaz de schiste, voir GREENPEACE, *Projet de loi 89. Symbolisme de façade ou action pour le véritable développement durable ?*, par E. DARIER, Consultations particulières et auditions publiques sur le

un critère économique dans le cadre d'analyse, notamment en fonction : des meilleures technologies disponibles; des technologies disponibles les meilleures *et* n'impliquant pas de coûts excessifs; d'une analyse coût/avantages ou risque/avantages; etc.<sup>613</sup>. La caractérisation du principe procédural de précaution par sa « force » revient pour ainsi dire à lui attribuer d'emblée un contenu moral<sup>614</sup>. À ce sujet, certaines distinctions méritent d'être introduites. D'abord, les définitions législatives du principe peuvent elles-mêmes comporter des expressions qui laisseraient clairement entendre qu'une position sera privilégiée au détriment de l'autre<sup>615</sup>. Toutefois, de manière générale, ce sont les concepts éponges retenus dans les définitions du principe qui seront vite gorgés des valeurs véhiculées par l'éthique de précaution, *forte* ou *faible*, préconisée par l'autorité publique<sup>616</sup> : « [i]l est clair que les textes qui formulent le principe de précaution s'inspirent ou expriment une éthique des rapports de l'homme à l'environnement, au risque, à la vie. Une éthique, donc, des obligations »<sup>617</sup>. À ce sujet, il est pertinent de mentionner que le *principe responsabilité* de Jonas, qui inspire l'*éthique* de précaution, ne doit pas être interprété comme invitant à la négation de tout progrès technique<sup>618</sup>. Ainsi, le principe de précaution, pas plus que la thèse jonassienne, ne militerait nécessairement pour une version *forte* du principe de précaution ou écocentriste, en opposition à une version *faible* ou utilitariste<sup>619</sup>. Encore une fois, notre propos ne vise pas à démontrer la position qui serait préférable, mais bien que ce serait à travers une *attitude* ou une *approche* de précaution que l'éthique de précaution prendrait

---

projet de loi no. 89 – Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect, 2011, p. 4.

<sup>613</sup> BUREAU DE LA LCPE, préc., note 569, p. 6-7. Voir également H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 583, 491-492. L'on peut croire que les entreprises auraient avantage à ce qu'une telle version soit privilégiée afin que toute activité de développement ne soit pas paralysée. L'attitude du Canada dans l'application du principe de précaution se rapprocherait davantage de la perspective utilitariste. Voir *Id.*, 495. Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 560.

<sup>614</sup> Nous verrons plus loin qu'un principe *autonome* de précaution supposerait une porosité entre le droit et la morale.

<sup>615</sup> Par exemple, la formulation d'un principe de précaution en vertu duquel un entrepreneur serait responsable de prouver l'inocuité d'une technologie pourrait tendre vers la version *forte*.

<sup>616</sup> L'on se demandera notamment qu'est-ce qu'un risque *grave* ? Qu'est-ce qu'une mesure *effective* ?

<sup>617</sup> Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 28.

<sup>618</sup> « Rien dans ce qui précède ne devrait être mésinterprété comme si l'on déconseillait tel ou tel progrès technique [...] », nous dit le philosophe alors qu'il discourt à propos de l'utilisation de l'énergie de la fusion nucléaire. Voir H. JONAS, *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, 2003, p. 359-360, cité dans K. T. SÉKPONA-MÉDJAGO, préc., note 605, p. 182.

<sup>619</sup> Voir également F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 257.

une forme particulière dans une société donnée, qui n'est pas elle-même juridique<sup>620</sup>. Une telle approche se matérialiserait dans des techniques d'évaluation des risques, de gestion des risques et de communication, déterminées essentiellement par les autorités politiques<sup>621</sup> et parfois consacrées dans la législation – des *mesures* de précaution<sup>622</sup>. L'éthique de précaution privilégiée par un État dans son approche, une *politique* de précaution<sup>623</sup>, pourra être orientée notamment par des directives particulières<sup>624</sup>. Hors du cadre de l'application d'une disposition prescrivant une procédure en vertu du principe de précaution, l'éthique de précaution peut assurément nourrir les débats politiques qui viseront à déterminer l'attitude de précaution qui devrait être valorisée<sup>625</sup>. En outre, certains trouveront que l'éthique de précaution est véhiculée dans les mesures de développement durable<sup>626</sup>. Quoique celles-ci

---

<sup>620</sup> L'approche de précaution renverrait effectivement à une application *pratique* de la précaution. Voir G. A. LEGAULT et al., préc., note 588, p. 48-49. Les auteurs soulèvent qu'il puisse demeurer ambigu de savoir si l'approche de précaution découle nécessairement du principe de précaution ou si elle peut découler d'un autre mode de traitement des risques. Selon nous, une part de la confusion se dissipe lorsqu'on rattache l'approche de précaution à l'attitude éthique effectivement choisie et appliquée. L'approche de précaution peut donc effectivement découler du principe de précaution, celui-ci invitant le décideur à adopter cette approche ; elle pourrait néanmoins être adoptée alors même que le décideur n'y est pas invité.

<sup>621</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 43-72.

<sup>622</sup> Les techniques et les mesures qui seraient incluses dans le corpus législatif ne doivent pas être confondues avec le principe *procédural* de précaution.

<sup>623</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 52.

<sup>624</sup> « Avec l'essor de politiques plus finalisées, une nouvelle catégorie normative a en effet vu le jour : il s'agit des règles au contenu indéterminé, parmi lesquelles figure le principe de précaution. Reflet d'un droit postmoderne ou néo-moderne, ce principe directeur assigne dans des termes relativement abstraits des missions spécifiques aux autorités dans le cadre de certaines politiques publiques (santé, consommation, environnement) ». Voir N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 75. Le *Cadre d'application* que l'on retrouve au fédéral en est un bon exemple. Un tel document n'a certainement pas la valeur d'une loi. Il s'agit plutôt d'une directive, celle-ci ne constituant pas une norme juridique et n'est pas source d'obligations pour les tiers. À ce sujet, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 638 et suiv.

<sup>625</sup> Par exemple, l'éthique de précaution a été soulevée dans le cadre d'un débat concernant l'encadrement législatif de l'utilisation de la cigarette électronique, donc afin de déterminer l'approche de précaution qui serait retenue, le cas échéant : « Récemment, j'avais décrié le principe [sic] de précaution de Hans Jonas dans une autre commission, où j'avais dit : Bien, il ne faut pas l'utiliser à n'importequelle [sic] sauce. Mais, dans le cas de la cigarette électronique, le principe de Hans Jonas, qui est le principe de précaution, tant [sic] que vous ne savez pas si c'est bon ou mauvais... ». Il s'agit des propos de M. Yves Bolduc, alors député libéral dans la circonscription Jean-Talon. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission de la santé et des services sociaux, 1<sup>e</sup> sess., 40 légis., 20 août 2013. Notons au passage que cette intervention illustre bien la confusion qui peut exister concernant les théories inspirant le principe de précaution, comme celle de Hans Jonas, et les différents outils de précaution (approche, principe procédural, démarches, mesures...).

<sup>626</sup> « La philosophie du développement durable exprime une utopie d'un nouveau genre. [...] Elle définit une nouvelle responsabilité, qui n'est pas sans rappeler les obligations du solidarisme de Léon Bourgeois, où chacun soit se concevoir moins comme propriétaire que comme dépositaire, héritier ou usufruitier d'une terre qu'il faudra transmettre préservée et embellie à ses descendants. L'attitude de précaution est la mise en oeuvre de cette nouvelle spiritualité ». Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 32.

puissent différer d'un État à l'autre, chacune d'entre elles représenterait une approche de précaution. L'approche de précaution ne serait donc pas dépendante de la consécration du principe *procédural* de précaution.

Il faudrait toutefois éviter de croire que l'existence d'une éthique de précaution dans nos sociétés relève d'un ordre moral inédit et révolutionnaire. Au contraire, ce que l'on peut circonscrire sous l'étiquette d'une attitude de précaution s'est manifesté antérieurement dans plusieurs circonstances, sans toutefois relever de l'application du *principe* de précaution<sup>627</sup>. Pensons simplement à l'obligation de prudence reconnue dans la sphère de la responsabilité civile<sup>628</sup>. Ce qui est cependant relativement nouveau dans le système de droit positif est l'introduction du principe procédural de précaution, la formalisation de divers outils de précaution et, comme nous le verrons, la possibilité d'une transformation du droit de la responsabilité civile pour reconnaître le principe de précaution à titre de principe juridique autonome. En ce sens, nous pouvons nous demander si l'éthique de précaution a trouvé une niche dans le système juridique à titre de véritable *principe*. En effet, il s'agit désormais de vérifier si, au-delà du principe *procédural* de précaution, la législation a consacré le principe *philosophique* et *éthique* de précaution.

#### **IV. Le principe de précaution et le droit de la responsabilité civile**

Dans un premier temps, une revue de la doctrine juridique nous a permis de conclure que le principe de précaution se résume généralement à l'outil procédural qui est prévu dans diverses dispositions législatives. Nous avons ensuite précisé que l'éthique de précaution devait être distinguée du principe de précaution. Il s'agit à présent d'affiner notre

---

<sup>627</sup> À ce sujet, selon Ewald : « D'une certaine manière, le comportement d'assurance, du moins tel qu'on l'a valorisé au XIX<sup>e</sup> siècle, à travers la vertu de la prévoyance, correspond aussi à une démarche de précaution. Il s'agit, dans la prévision d'un dommage futur possible, mais incertain du point de vue de son incidence individuelle, de se prémunir contre les effets de la réalisation du risque. Pourtant, il y a une différence fondamentale entre la démarche d'assurance et la démarche de précaution : dans le cas de l'assurance, on estime que le risque est indépendant de la volonté – c'est une des définitions de l'aléa –, qu'il faut donc le subir s'il doit arriver, alors que, dans l'attitude de précaution, on a conscience d'être les auteurs potentiels du dommage. L'assurance porte sur des risques exogènes, quand la démarche de précaution concerne des risques endogènes, c'est-à-dire dont nous savons que nous en sommes à l'origine. Ainsi pourrait-on définir la précaution comme l'assurance des risques exogènes ». Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 30

<sup>628</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 440.

compréhension du principe de précaution d'un cran supplémentaire. Il nous apparaît terminologiquement questionnable que l'expression « principe de précaution » et l'outil procédural soient souvent si fusionnels dans le langage juridique. Le souci que démontrent plusieurs auteurs à en démystifier le sens – ou plutôt *les* sens – corrobore nos préoccupations à cet endroit. En effet, la notion de *principe* ne peut automatiquement être apposée à toute règle de droit se trouvant dans une disposition législative<sup>629</sup>.

Un *principe* représente une « [r]ègle juridique à caractère général qui sert de fondement à des textes, le plus souvent de nature législative, auxquels les citoyens doivent se conformer »<sup>630</sup>. Puisqu'il existe plusieurs textes législatifs qui sont des manifestations du principe de précaution, il s'agit de déterminer si *un* principe de précaution les chapeauterait en droit, lequel aurait par ailleurs une existence indépendante des dispositions législatives examinées plus haut<sup>631</sup>. Les interrogations au sujet de l'existence d'un principe à part entière sont usitées. Les auteurs sont souvent ambivalents lorsque vient le temps de se prononcer sur la question<sup>632</sup>. Proposer une qualification juridique détaillée d'un principe de précaution implique certainement de réflexions poussées. En l'espèce, nous ne nous engagerons pas à faire une telle démonstration, mais offrirons simplement quelques pistes de réflexion dégagées de la littérature qui permettront de poursuivre notre argumentation au sujet de l'impact possible du principe de précaution dans la sphère de la responsabilité civile<sup>633</sup> et

---

<sup>629</sup> « Si tout principe de droit positif constitue une règle juridique, l'inverse n'est pas vrai : une règle juridique n'est pas nécessairement un principe ; le principe n'est pas seulement une règle de droit, car il possède des caractères qui lui offrent une plus large dimension ». Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 37.

<sup>630</sup> H. REID, préc., note 18, [principe]. La notion de principe en droit civil pourrait toutefois avoir d'autres significations. Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 37 et suiv. Selon elle, une force normative faible de la règle juridique ne serait pas un obstacle à la qualification en tant que principe. Voir *Id.*, p. 39-41.

<sup>631</sup> Rappelons que dans l'arrêt *Spraytech*, préc., note 594, il avait été conclu que le principe de précaution, en l'absence de disposition législative, ne conservait qu'une valeur *interprétative*. Agissant alors à titre de principe *directeur*, il n'aurait dans ce cas de figure pas d'effets directs. Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 90 et suiv. Toutefois, certains auteurs évoquent la possibilité que le principe de précaution puisse être considéré comme faisant partie des *principes généraux du droit*. Voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 98.

<sup>632</sup> « En effet, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont parvenues à dissiper le mystère qui imprègne son statut juridique ». N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 73. Voir également H. COUSY, préc., note 604, p. 688 ; K. T. SÉKPONA-MÉDJAGO, préc., note 605 ; G. A. LEGAULT et al., préc., note 588.

<sup>633</sup> Notons que la question de savoir si un principe de précaution existe en droit au-delà des dispositions procédurales s'est posée quant à son impact possible au niveau du contrôle de la légalité d'une décision administrative sur le fond (ce que nous pourrions traduire en contrôle selon la norme de la décision

incidemment, de son impact en droit des assurances.

Plusieurs auteurs se limiteront à effleurer la possibilité qu'une autonomie soit accordée à un principe juridique de précaution dans le domaine de la responsabilité civile, sans élaborer de *théorie* propre à son application<sup>634</sup>. À ce sujet, dans leur incontournable ouvrage de doctrine québécoise concernant la responsabilité civile, Baudouin, Deslauriers et Moore consacrent quelques pages à « la théorie du principe de précaution »<sup>635</sup>. Ils ne se positionnent toutefois pas clairement quant au succès que cette *théorie* pourrait obtenir dans un litige au Québec. Ils mentionnent par ailleurs que celle-ci ne s'appliquerait pas en matière de responsabilité du fabricant par l'article 1473 du *Code civil du Québec*<sup>636</sup>. Pour sa part, H. Trudeau va un peu plus loin en prenant position dans le cadre de ses travaux en droit de l'environnement. Elle est d'avis que « la notion de faute devrait être suffisamment extensible pour faciliter l'intégration du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile »<sup>637</sup>. Elle pose également la question à savoir si une obligation de produire de la connaissance devrait découler de l'obligation de diligence<sup>638</sup>. Reprenant les dires de Mazeaud, elle soumet que de considérer le principe de précaution dans le régime de responsabilité civile instaurerait un nouveau régime « sans victime, sans préjudice et sans indemnisation » qui nécessiterait de « réinventer le droit de la responsabilité et de le

---

raisonnable), de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale. N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, aborde la question selon l'angle du droit civil français. Pour un exemple de réflexions similaires développées par un juriste de common law canadienne, voir B. PARDY, « Applying the Precautionary Principle to Private Persons : Should it Affect Civil and Criminal Liability ? », (2002) 43 *C. de D.* 63.

<sup>634</sup> « L'ascension est si fulgurante que de décider de mener une étude sur "Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile" s'apparente *a priori* davantage à un exercice de clarification que de proposition. Cependant, l'apparence est trompeuse : l'officialisation du principe de précaution dans les manuels de responsabilité civile et l'insertion du terme dans les dictionnaires juridiques n'impliquent aucunement une reconnaissance juridique ». Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 2.

<sup>635</sup> J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 159-161.

<sup>636</sup> Le moyen d'exonération prévu au deuxième alinéa de cet article s'applique dans les cas où il aurait été impossible de connaître le défaut d'un bien au moment de sa fabrication, distribution ou fourniture, en fonction des connaissances en vigueur à ce moment. « C'est donc une preuve d'ignorance générale ou objective du danger, et non d'ignorance personnelle ou subjective qui doit être rapportée. [...] Le législateur a cependant préféré répartir le risque de développement inhérent à tout progrès parmi les consommateurs, plutôt que de le faire reposer sur son seul créateur, avec le risque de ruiner une industrie particulière ». Voir *Id.*, p. 396-397.

<sup>637</sup> H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 517.

<sup>638</sup> *Id.*

fonder aussi sur l'idée de la solidarité entre les générations »<sup>639</sup>. En effet, au niveau de la finalité du régime de responsabilité civile et du principe de précaution, il y a un écart non négligeable : l'indemnisation *suite* à un dommage étant prise en charge par le premier, alors que c'est la *prévention* d'un dommage qui est visé par le deuxième<sup>640</sup>. Cela constitue-t-il un cul-de-sac pour une théorie du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, puisque « [d]e manière rigoureuse, admettre l'existence du principe de précaution en droit de la responsabilité reviendrait alors à admettre sa véritable nature juridique : une règle tournée vers l'évitement de certains dommages et non vers la sanction de la faute »<sup>641</sup>?

D'aucuns nieront que le principe de précaution puisse être invoqué avec succès dans un recours en responsabilité civile, une fois le dommage infligé : il servira alors d'argument afin de juger si une faute a été commise, l'omission de s'être comporté conformément au principe pouvant alors être invoquée<sup>642</sup>. En sortant des sentiers battus du droit applicable, et plus généralement du positivisme juridique dominant<sup>643</sup>, d'autres perspectives s'offrent toutefois quant à la fortune du principe de précaution, tel que le propose notamment M.

---

<sup>639</sup> H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », préc., note 575, 524. Par ailleurs, à son avis, le principe de précaution pourrait avoir un impact au niveau d'une défense de diligence raisonnable concernant une accusation pour une infraction de responsabilité stricte. *Id.*, 521. Les éléments soulevés par N. de Sadeleer vont également en ce sens. Voir N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 98-100.

<sup>640</sup> M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 6.

<sup>641</sup> *Id.*, p. 11. Les auteurs ne s'entendent toutefois pas tous à savoir s'il faudrait alors parler d'un *standard* juridique. Voir *Id.*, p. 8 et suiv. Voir également N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 95

<sup>642</sup> M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 6-7 et 169 et suiv. Une faute résulterait sans doute du fait de ne pas se conformer aux dispositions législatives consacrant le principe et celles qui imposent des conditions afférentes. Voir M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », (2014) 10 *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill* 105, 117. En ce sens, N. de Sadeleer est d'avis qu'un principe de précaution ne trouverait pas directement application dans le régime de responsabilité civile français, quoique l'approche de précaution pourrait selon lui teinter l'interprétation de l'étendue de l'obligation de vigilance et de prudence. Voir N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 100. Il ne s'agirait alors pas d'une « faute résultant du manquement au principe de précaution ». Voir, M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », préc., note 636, 117. En outre, au sujet de l'obligation de prudence et de la faute, voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 437 et suiv.

<sup>643</sup> « Aujourd'hui, les partisans du positivisme juridique, les *positivistes* l'emportent, en pratique, sans se soucier de la théorie. Nous vivons une éclipse à la philosophie du droit [...] ». Voir M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, préc., note 29, p. 4.

Boutonnet<sup>644</sup>. L'analyse du principe de précaution selon une approche positiviste, et plus particulièrement selon la « théorie pure du droit » de Kelsen, selon elle :

[...] ne permet pas de comprendre véritablement ce que signifierait le principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Il faut, pour cela, se tourner vers une conception plus large du droit. En effet, " *le droit est plus grand que la règle de droit* " et malgré l'élargissement des sources formelles opéré par certains auteurs, " *le droit est plus grand que les sources formelles* " du droit.<sup>645</sup>

En ce sens, sa thèse ne se veut pas descriptive d'un droit existant, mais propose une théorie quant à l'évolution du droit dans lequel pourrait émerger le principe de précaution en tant que règle juridique<sup>646</sup>. Ainsi suggère-t-elle une incursion dans l'univers d'un droit au-delà du positivisme afin de soumettre une théorie selon laquelle, outre le principe *procédural* de précaution, un principe de précaution ayant sa propre normativité pourrait devenir applicable en droit de la responsabilité civile<sup>647</sup>.

---

<sup>644</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 29. L'impact du principe de précaution dans le domaine de la responsabilité civile ne fait définitivement pas l'objet d'un consensus. Toutefois, « un accord implicite se fait sur l'idée que le principe de précaution appelle une modification radicale de nos conceptions de la responsabilité civile ». Voir V. FORRAY, « Le principe de précaution ou les surprenantes ressources de la responsabilité juridique », préc., note 609, p. 107. Profitons-en pour spécifier que notre présentation de la position de M. Boutonnet demeurera *très* grossière. Sa démonstration est très dense et il n'importe pas en l'espèce d'entrer dans les détails, d'une part par contrainte de temps et d'espace, mais surtout parce que nous ne voudrions pas dénaturer son propos très étayé. Nous n'en tirons donc essentiellement que les éléments qui sont pertinents pour nous. Précisons que nous ne nous souhaitons ni nous positionner en adversité à cette thèse, ni en sa faveur, n'ayant pas poussé nos recherches en ce sens. En réalité, il ne s'agit pas de prendre position mais bien de voir jusqu'où le raisonnement juridique peut nous mener afin de circonscrire l'ampleur du terrain sur lequel plane l'incertitude au sujet de l'impact du principe de précaution en droit.

<sup>645</sup> Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 29.

<sup>646</sup> « Mais finalement, quoi de plus intéressant que d'assister à la naissance d'une règle juridique ? Il est vrai que si le principe ne se comprend pas en termes d'existence, il est en revanche possible d'assister à son émergence. À défaut d'étudier sa définition et ses caractères précis, il est possible, à l'instar de l'impressionniste, d'observer le mouvement, de capter les sensations et les détails normatifs pour rendre compte de sa face cachée et de sa complexité juridique ». Voir *Id.*, p. 15. Selon elle, il ne faudrait pas parler de *révolution* du droit de la responsabilité, mais plutôt de son *évolution*, puisque « [l']ancien fondement possède en lui toutes les potentialités du nouveau fondement. Plus particulièrement, au sujet de la faute et du risque, Husson remarque le "caractère complémentaire et la communauté d'inspiration des deux thèses extrêmes" ». Voir *Id.*, p. 285.

<sup>647</sup> Voir *Id.*, p. 295-296. Une telle théorie n'a pas encore été officiellement consacrée en droit. Voir *Id.*, p. 35. Au sujet de la non reconnaissance qu'il se trouve dans le droit applicable une ouverture en ce sens : « c'était ignorer la vie des règles juridiques que de croire à l'éternité de cet état normatif. Le phénomène d'interprétation est rapidement apparu : aujourd'hui, le juge et la société, avec l'impulsion de la doctrine, ne semblent pas se contenter d'un principe directeur du droit de l'environnement. Les récepteurs fécondent des règles nouvelles dont la portée normative est favorable à l'existence d'un principe de précaution "normatif" en droit de la responsabilité civile. Le législateur, auteur de la prédétermination du principe, sera peut-être surpris : il ne l'avait pas prévu. Une fois de plus, il découvrira que la règle juridique se transforme et résulte d'une collaboration étroite des différentes autorités. Les règles législatives ont donné naissance de manière fragile au principe de précaution, les règles extra-législatives lui offrent la vie ». Voir *Id.*, p. 180. Le rôle de la doctrine jouerait ici, selon Boutonnet, un rôle fondamental : « [p]lus particulièrement, le fondement doctrinal



L'argumentation de Boutonnet repose en grande partie sur le recours à la théorie postmoderne du droit, qui permet de franchir l'étape cruciale de l'existence d'une règle de droit quoique les critères puissent ne pas sembler être remplis adéquatement<sup>648</sup> :

Ainsi, malgré l'absence initiale des caractères sanctionnable, obligatoire ou justiciable[, soit les caractères traditionnellement requis pour déterminer l'existence d'une règle juridique], le principe de précaution pourrait être qualifié de règle de droit. Certes, cette conclusion *a priori* brutale bouscule l'idée première et rassurante que l'on se fait de la règle de droit assise sur son caractère autoritaire. Cependant, aujourd'hui, on admet aussi que le caractère interne de la règle juridique puisse résulter d'une autre vision du droit, dite "postmoderne". Il existe en effet un phénomène d'interdépendance entre la société, l'action politique et la juridicité. [...] Les instruments juridiques tendent alors à se diversifier. L'État utilise "une panoplie de moyens lui permettant d'orienter les comportements sans édicter des normes obligatoires" : il favorise l'information, la persuasion, la collaboration, l'autonomie des acteurs privés et limite la contrainte. En d'autres termes, cette forme de droit "associe de plus en plus la société civile" qui participe à la production juridique. Au-delà de l'autorité, l'efficacité du droit dépend aussi de l'assentiment social.<sup>649</sup>

Les finalités de ce droit sont d'ailleurs différentes du droit compris sous l'angle du positivisme en ce qu'il s'agirait de plus en plus de « l'avènement d'un "droit de la globalité" et de la "prospective" »<sup>650</sup>, qui dénoterait une « porosité » à des normes traditionnellement non juridiques, notamment éthiques et morales<sup>651</sup>.

Si l'on veut synthétiser ce qui précède, les dispositions législatives auxquelles la doctrine réfère en matière de précaution en droit administratif seraient des *règles juridiques* de

---

le soutenant détient un rôle primordial. À la fois incitatif et explicatif, il anime son sens et cautionne sa mise en oeuvre : il en est le tuteur et le défenseur. Il l'accompagne, l'innerve de ses raisons profondes, trace le chemin étroit de sa mission. En un mot, il en est le garant judiciaire ». Voir *Id.*, p. 296.

<sup>648</sup> Pour conclure à l'existence d'un principe juridique autonome, « le principe de précaution doit remplir deux conditions : d'une part, il doit être coulé dans un texte à portée normative (approche formelle) et, d'autre part, il doit être formulé d'une manière suffisamment prescriptive (approche matérielle) ». Voir N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 77 et 102. Rappelons qu'en France, le principe de précaution est enchassé dans la constitution, ce qui n'est pas le cas dans la constitution canadienne. Nous n'avons pas évalué l'impact précis que l'absence d'un texte à valeur constitutionnel pourrait avoir sur l'argumentation de M. Boutonnet. Quoi qu'il en soit, nous avons déjà mentionné qu'il ne s'agit ici que de palper le pouls dans la théorie juridique.

<sup>649</sup> M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 54-55. Le caractère plus flexible du principe de précaution ne serait donc pas un obstacle à sa reconnaissance en tant que règle juridique : « [a]insi, alors que dans une vision moderne du droit, certaines sources formelles du principe de précaution n'auraient pu exprimer des règles de droit en raison de leur trop grande souplesse, il en est autrement dans une vision postmoderne du droit. Servant de modèle, ces règles mettent en évidence un caractère moins connu de la juridicité et poussent à admettre, à l'instar de Ph. Jestaz, que "les voies du droit, décidément, sont diverses" et avec A.-J. Arnaud qu'il n'y a pas ici "moins de droit, mais un autre droit" ». Voir *Id.*, p. 55.

<sup>650</sup> *Id.*, p. 61.

<sup>651</sup> *Id.*, p. 62-63.

précaution – et non *des principes* de précaution –, inspirées d'une éthique de précaution qui justifie d'ailleurs l'adoption d'une approche de précaution dans plusieurs circonstances, et la mise en oeuvre de techniques et de mesures de précaution. C'est dans ce bassin d'éléments qu'un principe de précaution autonome puiserait afin de s'immiscer en droit, dans la mesure où l'on adhère à une conception du droit plus « poreuse », caractéristique d'un droit postmoderne. Voyons à présent comment ces considérations intéressent le droit des assurances.

## V. La précaution et l'assurance : considérations juridiques

Les différents tentacules de la précaution, soit les dispositions législatives procédurales s'adressant à l'État, l'éthique de précaution, l'approche de précaution, les techniques et mesures de précaution, et le principe autonome de précaution en responsabilité civile, ont désormais été distinguées<sup>652</sup>. Il faut toutefois convenir que celles-ci n'intéressent pas toutes l'assurance de la même manière. Au plan juridique, nous retenons que les dispositions législatives de précaution n'ont pas d'impact en droit des assurances à proprement parler, puisqu'elles s'adressent essentiellement à l'État. Cela explique pourquoi les conséquences possibles du principe dans le champ du droit de l'assurance sont dans la plupart des cas rapidement réduites à néant<sup>653</sup>. Par exemple, H. Cousy a publié un article intitulé « Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances ». Avec égards, il nous apparaît que l'apport en droit des assurances se limite toutefois à la présentation du principe de précaution et à la manière dont l'assurance peut gérer les risques qui intéressent par ailleurs ce principe. Il n'est pas spécifiquement question de la *relation* entre le principe et le droit des assurances.

---

<sup>652</sup> Ewald réfère aussi à différentes « vies du principe de précaution », soit une vie idéologique, politique, parlementaire, administrative, judiciaire, médiatique et enfin, celle en milieu entrepreneurial. Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 12-13. Comme il a été mentionné, ces « tentacules » sont présentées de manière séparées bien qu'en pratique, celles-ci s'entrelacent inévitablement, sans possibilité de les traiter chacune aussi distinctement.

<sup>653</sup> Par exemple, selon Ewald, le secteur de l'assurance ne serait pas directement touché par la question du principe de précaution, cette dernière se situant en amont du domaine de l'indemnisation. Voir F. EWALD, « Le point de vue des assureurs », dans *La prévention et la protection dans la société du risque : le principe de précaution*, Les colloques de l'Institut Servier, Amsterdam, Éditions Elsevier, 2001, p. 101. Selon lui, « D'un autre côté, le principe de précaution peut concerner l'assureur, dans la mesure où cette notion serait entendue comme définissant un nouveau principe de responsabilité ». Voir *Id.*

Nous avons toutefois conclu qu'il ne s'agissait pas de résumer le « principe de précaution » à l'outil procédural de droit administratif qui est consacré dans la loi. En ce qui concerne l'éthique de précaution, et l'approche d'un État donné en cette matière, il ne nous a pas été donné d'en mesurer une incidence directe<sup>654</sup>. C'est plutôt à travers les mesures et techniques de précaution, et devant la possibilité d'émergence d'un principe autonome de précaution, que des effets concrets pourraient être ressentis en droit des assurances<sup>655</sup>. Les mesures qui nous intéressent en l'espèce étant celles susceptibles d'influencer le secteur de l'assurance, nous retenons principalement les suivantes : connaissance et identification des risques, prévention des risques, indemnisation des dommages, et responsabilité civile<sup>656</sup>. Nous mettons pour l'instant de côté cette dernière, qui sera abordée plus loin, pour nous concentrer sur les premières. Mais avant tout, à la base de tout ce qui entoure la précaution se trouve le « risque » et surtout, l'incertitude qui en appelle à une obligation d'information accrue.

Comme il en a été question dans la première partie, l'obligation de renseignement est déjà particulièrement élevée dans le cadre d'un contrat d'assurance, tant au plan de la déclaration du risque que de son aggravation. Or, dans un contexte de précaution, l'incertitude engendre plusieurs défis à cet égard. D'abord, il faut considérer que l'identification des risques eux-mêmes est un processus complexe en contexte d'incertitude scientifique. Pourtant, les entreprises sont susceptibles d'être assujetties à des obligations concernant la connaissance des risques afférents à l'objet de leur production<sup>657</sup>. Des obligations de déclaration et d'information aux autorités publiques ou à des tiers au sujet des connaissances acquises concernant ces risques peuvent également être prévues. Cependant, certains privilèges sont susceptibles d'atténuer le fardeau des entreprises à cet égard, comme « le secret des délibérations des autorités publiques, le secret de l'instruction, le secret industriel et

---

<sup>654</sup> Mentionnons toutefois que les entreprises ressentent amplement les effets d'une opinion publique de plus en plus empreinte par l'éthique de précaution, ce qui appellerait à des modifications volontaires dans leurs comportements afin de préserver leur image. Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 58.

<sup>655</sup> Ceux-ci demeurent néanmoins des outils « poreux » qui font donc jouer indirectement éthique et approche de précaution.

<sup>656</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 60-62.

<sup>657</sup> Cette obligation serait accentuée dans les cas où il y aurait inversion de la charge de la preuve. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 97-100.

commercial comme la confidentialité des données personnelles »<sup>658</sup>. Quoi qu'il en soit, il reste que l'obligation entre l'assureur et l'assuré sera analysée selon les critères dégagés en droit des assurances comme discuté précédemment<sup>659</sup>. Il va sans dire que l'intérêt de l'assureur d'obtenir toute information concernant les risques, même non avérés, concernant les produits, technologies et activités de ses assurés sera très élevé, surtout dans un contexte où il est difficile d'exiger des mesures de prévention particulières.

*A priori*, les mesures de précaution peuvent être distinguées des mesures de prévention et de celles de sauvetage<sup>660</sup> :

La mesure de prévention se situe avant la réalisation du risque, dont elle tend à diminuer la fréquence ou l'intensité<sup>661</sup>. La mesure de sauvetage, de sauvegarde ou de préservation — tous ces termes peuvent être regardés comme synonymes — intervient après le sinistre, dont elle tend à minimiser, voire à empêcher les conséquences dommageables.<sup>662</sup>

Comme elles sont susceptibles de limiter la survenance de l'événement appréhendé comme risque, les premières, dont le coût est généralement assumé par le preneur d'assurance, sont

---

<sup>658</sup> F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 60. En matière de secret commercial, l'art. 1472 C.c.Q. prévoit une exonération de responsabilité pour les préjudices résultant de la divulgation d'un secret commercial lorsque l'intérêt général semble primer sur le maintien du secret, entre autres en matière de santé et de sécurité publique. Cette disposition n'aurait toutefois pas fait l'objet d'un usage fréquent par les tribunaux. Voir A. STEELE, « Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce », dans Barreau du Québec. Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la non-concurrence* (2009), vol. 313, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, p. 141. Sur la notion de secret commercial, voir *Id.*, p. 107 et suiv. Au sujet de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, voir notamment la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, R.L.R.Q., c. A-2.1, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, R.L.R.Q., c. P-39.1, et les articles 35 à 41 C.c.Q. Voir également M.-A. RACICOT, « Renseignements commerciaux confidentiels et accès à l'information : un guide pour s'y retrouver », dans Barreau du Québec. Service de la formation continue, *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (2003), vol. 188, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, p. 5-48.

<sup>659</sup> Notons que comme l'article 2408 C.c.Q. est d'ordre public, l'assuré ne pourrait invoquer son droit au secret commercial pour éviter de déclarer l'information requise de l'assureur. Celui-ci doit par contre obéir au principe de pertinence des informations requises. Voir D. LLUELLES, préc., note 218, p. 219 et suiv.

<sup>660</sup> Selon Ewald, la précaution ferait partie d'une démarche de prévention. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 28.

<sup>661</sup> Les mesures de préventions sont donc prises dans un contexte où l'on considère avoir un portrait complet de la situation. Elles découleront généralement d'une seule décision. En d'autres termes, un suivi n'est pas nécessairement requis afin de s'assurer que les mesures correspondent toujours à la réalité. La prévention est donc un concept *statique*. Voir L. ECKHOUDT et S. SPAETER, préc., note 229, 72. Les risques qui seront pris en charge par un principe de prévention peuvent être de nature très diversifiée, et n'ont pas à être de la même ampleur que ceux visés par la précaution (graves et irréparables). Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 22.

<sup>662</sup> L. MAYAUX, « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », (2003) 2003-02 *Revue générale du droit des assurances* 269, par. 4. Selon lui, la distinction n'est par contre pas toujours très rigoureuse.

néanmoins profitables pour l'ensemble des assurés et pour l'assureur<sup>663</sup>. Quant aux mesures de sauvegarde, il est reconnu que l'assuré a une obligation de moyen de procéder à des mesures afin de mitiger les dommages, indépendamment de la décision – fondée ou non – de l'assureur d'indemniser ce dernier<sup>664</sup>. Le contrat d'assurance pourra prévoir que l'assureur assume celles-ci dans le cas où le sinistre est couvert<sup>665</sup>. N'étant ni spécifiquement des mesures de prévention, ni des mesures de sauvetage, elles pourraient néanmoins généralement être assimilées aux unes ou aux autres : « la précaution se situe dans "l'entre-deux" séparant l'une de l'autre »<sup>666</sup>.

Dans un premier cas de figure envisagé par Mayaux, on peut s'intéresser aux mesures qui sont prises avant le sinistre<sup>667</sup> et qui s'apparenteraient à des mesures de sauvegarde. L'existence du risque lui-même est alors marquée par l'incertitude, ce qui empêche de le prévenir concrètement. Il en résulte que les mesures de précaution de type « préventives » sont de l'ordre d'une prévention que l'on espère utile, mais qui pourrait ne pas être adéquate ou même complètement vaine, par exemple si aucun risque ne se révélait être relié à l'activité ou la technologie concernée. Selon lui, de telles mesures, à l'instar des mesures de prévention, resteraient généralement à la charge de l'assuré<sup>668</sup>. Un deuxième cas de figure toucherait aux mesures de précaution prises après le sinistre<sup>669</sup>. D'une part, on pourrait envisager des mesures s'apparentant à des mesures de sauvegarde, par exemple le fait de

---

<sup>663</sup> L. MAYAUX, préc., note 662, par. 5. En effet, la survenance de sinistres s'en trouve nécessairement réduite, ce qui réduit les sommes engagées par l'assureur en versements, « économies » qui se répercutent incidemment sur le montant de la prime exigée de l'ensemble des assurés. Voir *Id.*

<sup>664</sup> C.c.Q, art. 1479. Voir également *Lebel c. 9067-1959 Québec inc.*, 2014 QCCA 1309.

<sup>665</sup> À ce sujet, L. Mayaux soulève qu'il y aurait en principe un « partage du sort après sinistre » entre l'assureur – et le réassureur, le cas échéant – et l'assuré, aux termes duquel ces mesures seraient prises en charge en partie ou dans leur entièreté. Il soulève toutefois que l'assuré n'est pas obligé légalement de mitiger le dommage, ce qui n'est pas le cas au Québec. Dans le cas où de telles mesures étaient prises, les coûts en seraient généralement assumés par l'assureur. Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 6-7.

<sup>666</sup> *Id.*, par. 8. La finalité de ce type de mesures serait essentiellement qu'un transfert de risque ne soit pas opéré du producteur de risque vers une hypothétique victime. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 59

<sup>667</sup> Par « avant le sinistre », il faut entendre avant même que la technologie ou l'activité en jeu soit utilisée ou entreprise. Ce serait le cas de la non-commercialisation d'un nouveau produit. Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 11.

<sup>668</sup> *Id.*, par. 9.

<sup>669</sup> Le sinistre, pour Mayaux, serait ainsi clairement distinct de la constatation du dommage. Pour lui, dès qu'on attribue à un produit un « défaut », autrement dit que des conséquences sont susceptibles d'en découler, il y a sinistre, même alors que le dommage n'est pas survenu - ou constaté. Lorsque l'activité ou la technologie n'est pas réfrénée, le « sinistre » est donc en cours de réalisation, et l'incertitude se situe plutôt au niveau de sa connaissance, de la constatation des dommages. Voir *Id.*, par. 12-13.

rappeler un produit ou de cesser une activité après coup, lorsque la suspicion du sinistre se concrétise<sup>670</sup>. D'autre part, des mesures sont prises alors que la dangerosité de l'activité ou du produit n'est pas déterminée scientifiquement, demeurant donc une pure hypothèse ou crainte. Celles-ci s'assimileraient encore une fois à des mesures de prévention des conséquences possibles de cette activité ou technologie que l'on postule comme étant risquée. En bref, Mayaux est d'avis qu'une mesure de précaution « relève d'une théorie de l'ignorance du sinistre plutôt que de l'ignorance du risque. La précaution, c'est finalement de la prévention a posteriori. Mais cela reste de la prévention ce qui explique que, sauf clause contraire, son coût soit supporté par l'assuré »<sup>671</sup>. Ces mesures de précaution, contrairement à la prévention lorsqu'il n'est pas question d'incertitude, ne découlent alors pas d'une décision unique concernant leur nature. L'incertitude demande une prévention qui évolue en fonction des connaissances, des expériences, une prévention dont la flexibilité lui permet de s'adapter; la précaution en appelle donc à une attitude dynamique<sup>672</sup>.

Parmi les mesures de précaution qui peuvent entourer un champ d'activité donné, des mécanismes de responsabilité objective peuvent être envisagés par l'État afin de permettre une indemnisation des victimes sans qu'il soit nécessaire de remplir les critères d'ouverture d'un recours en responsabilité civile<sup>673</sup>. Or, le succès de cette tactique dépend en grande partie de la disponibilité des fonds nécessaires afin de verser les sommes aux victimes dont le dommage se qualifie. Ainsi, la responsabilité objective appelle l'élargissement des risques assurables<sup>674</sup>. À cet égard, l'État a le loisir de mettre en place certaines obligations

---

<sup>670</sup> L. MAYAUX, préc., note 662, par 12.

<sup>671</sup> *Id.*, par. 14. Les caractères gras ont été retirés de la citation. À ce sujet, les assureurs offrent effectivement parfois une couverture particulièrement concernant le risque de retrait de produit. Dans les situations d'incertitude, certains auteurs qualifieront ce type de prévention de *démarche anticipative*. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 28-29. Voir également H. COUSY, préc., note 604, p. 687.

<sup>672</sup> L. ECKHOUDT et S. SPAETER, préc., note 229, p. 72.

<sup>673</sup> Un régime de responsabilité objective dispense la victime de prouver l'existence d'une faute. Voir M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, préc., note 29, par. 619.

<sup>674</sup> Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 61. Voir également « Le principe de précaution et l'assurance », En ligne : <[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/p1\\_700643/fr/le-principe-de-precaution-et-lassurance?cc=fn\\_7358](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/p1_700643/fr/le-principe-de-precaution-et-lassurance?cc=fn_7358)>. Notons que le régime de responsabilité sans faute découle essentiellement de l'avènement d'un « droit des accidents » au cours du XIXe siècle, et de la responsabilité basée sur la notion de risque. Voir M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, préc., note 29, par. 619. La question a été traitée en détails dans la partie précédente.

d'assurance<sup>675</sup>. Ce faisant, l'assureur prendra part activement à la gestion des risques en fixant des conditions au contrat d'assurance que l'assuré devra respecter afin de bénéficier de la couverture<sup>676</sup>. Indirectement, l'État confie donc à l'assureur une bonne partie de la gestion des risques<sup>677</sup>. Or, celle-ci sera faite en fonction de critères économiques et en fonction des intérêts de compagnies d'assurances<sup>678</sup>. Par ailleurs, les auteurs soulignent que l'assurance obligatoire devient une option moins efficiente lorsque la législation empêche l'assureur de contrôler l'aléa moral. Le nombre d'acteurs offrant des produits d'assurances, soit la concentration du marché, est également un facteur influent<sup>679</sup>. En ce qui concerne les nouveaux risques catastrophiques, les compagnies d'assurance ne seraient pas ravies devant la possibilité que l'autorité publique décrète une obligation de s'assurer<sup>680</sup>. À cet égard, il ne

---

<sup>675</sup> L'assurance obligatoire serait encouragée par plusieurs juristes. Voir M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 235, référant à J. COWELL, « Compulsory environmental liability insurance », dans H. BOCKEN et D. RYCKBOST (dir.), *Insurance of environmental damage*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 317-330 et A. MONTI, « Environmental risk : A comparative law and economics approach to liability and insurance », (2001) *European Review of Private Law* 65. La possibilité d'insolvabilité serait la principale raison par laquelle les juristes motiveraient le recours à l'assurance obligatoire. Quand aux économistes, ils évalueraient également la question sous l'angle de l'accroissement de l'utilité attendue des acteurs économiques ainsi que de l'asymétrie d'information. Voir M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 235-239. Souvenons-nous que le fait de rendre l'assurance obligatoire a joué un rôle dans l'émergence de la société assurantielle.

<sup>676</sup> *Id.*, p. 238. Selon lui, les conditions que l'assureur pourra imposer à l'assuré, par exemple de se conformer à la réglementation applicable, ne sont pas opposables aux tiers. L'assureur devrait normalement procéder à l'indemnisation même si l'assuré n'a pas respecté les conditions prévues au contrat. Le problème de l'insolvabilité de l'entreprise passe donc de la cour de la victime à celle de la compagnie d'assurance. Voir *Id.*, p. 241. En effet, le principe général de l'effet relatif des contrats codifié à l'art. 1440 C.c.Q. nous conduirait à cette solution. L'assureur a d'ailleurs une obligation d'indemniser même si le préjudice résulte de la faute (non intentionnelle) de l'assuré. Voir C.c.Q., art. 2464. Cependant, en cas de réclamation par un tiers, l'alinéa 2 de l'art. 2502 C.c.Q. prévoit spécifiquement que l'assureur peut opposer au tiers lésé les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre l'assuré au jour du sinistre. Voir également J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 604. Sur les engagements formels prévus au contrat et l'effet de leur manquement, voir la sous-section B-II de la partie 1. Notons que le tiers lésé a la possibilité d'adresser sa réclamation contre l'assuré, contre l'assureur ou contre les deux. Voir *Id.*, p. 601. Dans le cas où l'assureur n'est pas poursuivi, l'assuré peut décider de le mettre en cause. *Id.*, p. 603. Notons que la police d'assurance pourrait être communiquée à la victime, surtout si seul l'assureur est poursuivi. Voir *Id.*, p. 605. Sur le refus de l'assureur d'assumer la défense de l'assuré et d'indemniser le tiers lésé, voir *Id.*, p. 606. De manière générale, sur le recours de la victime et l'assurance responsabilité, voir F. DUPRAT, préc., note 256, p. 65-87.

<sup>677</sup> « Il faut bien se rendre compte que si la souscription d'une assurance est un préalable pour l'exercice d'une activité, les sociétés d'assurance deviennent *de facto* un mécanisme qui délivre les autorisations aux industriels, ce qui peut être contestable du point de vue de l'action des pouvoirs publics ». Voir M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 241.

<sup>678</sup> Nous avons vu dans la première partie que le rôle social des compagnies d'assurance s'était dissout. Cela s'inscrit dans le phénomène du primat de l'économie de marché et de la frime de la responsabilité sociale des entreprises. Nous y reviendrons.

<sup>679</sup> M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 239-240.

<sup>680</sup> « Dans la pratique, néanmoins, les assureurs ne manifestent jamais d'engouement pour une assurance obligatoire, au moins s'il s'agit des risques systémiques. Selon Cousy, cela tient au fait qu'en droit, dans le cadre d'une assurance obligatoire, il est fréquent que l'assureur ne puisse invoquer aucun moyen de défense à l'encontre des tiers bénéficiaires de l'assurance. De plus, la mise en œuvre concrète de l'obligation

faut pas écarter que l'obligation d'assurance concernant un risque ne peut être respectée que dans la mesure où les assureurs acceptent de le couvrir :

[...]le législateur doit bien être conscient que, dès lors qu'il introduit une assurance obligatoire, il dépend des assureurs pour exécuter l'obligation d'assurance. En pratique, les possibilités d'exécution effective de cette obligation seront largement fonction de la volonté d'assurer sur le marché considéré. C'est en définitive le marché de l'assurance qui décidera si, oui ou non, il est prêt à couvrir un certain risque. On peut donc aboutir à la situation fâcheuse dans laquelle le législateur introduit une assurance obligatoire, mais le marché refuse d'offrir cette couverture. En introduisant une obligation d'assurance, les gouvernants se rendent très dépendants du marché des assurances.<sup>681</sup>

Ainsi, un certain degré de collaboration entre le secteur public et l'assurance privée serait inévitable<sup>682</sup>. En outre, bien que l'assurance, comme nous l'avons déjà démontré, ait la capacité de s'adapter afin de couvrir une diversité de risques toujours croissante malgré leur caractère systémique, certains risques peuvent ne pas être pris en charge dès leur « apparition ». Cela pourrait poser des difficultés pour les entreprises qui désireraient se conformer à une obligation d'assurance qui aurait été établie sans tenir compte de l'absence de produits d'assurances<sup>683</sup>.

Ainsi, le droit des assurances est essentiellement affecté par le principe de précaution au niveau de l'obligation d'information, de la répartition de la charge des mesures de précaution et des mesures d'assurance obligatoire. Au-delà de ces préoccupations, l'impact du principe de précaution en matière de responsabilité civile préoccupe nécessairement les assureurs offrant des produits d'assurance responsabilité.

Si le régime juridique de la responsabilité civile a été transfiguré lors de la première modernisation des sociétés en lien notamment avec le risque et la technique de l'assurance, il ne fait nul doute que les risques de la seconde modernité sont eux aussi source de

---

d'assurance soulève quelques problèmes ». Voir M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 240, référant à H. COUSY, « Recent developments in environmental insurance », in F. ABRAHAM, K. DEKETELAERE et J. STUYCK (dir.), *Recent economic and legal developments in European environmental policy*, Leuven, Leuven University Press, 1995, p. 241 et J. ROGGE, *Les assurances en matière d'environnement*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 39.

<sup>681</sup> M. G. FAURE et T. HARTLIEF, préc., note 247, p. 241.

<sup>682</sup> *Id.*, p. 242. Nous avons traité plus amplement de la dynamique entre l'appareil gouvernemental et le secteur privé de l'assurance dans la première partie.

<sup>683</sup> *Id.* À cet égard, les auteurs ne sont pas d'avis que de prévoir une obligation d'acceptation d'assurance destinée aux compagnies d'assurance, afin qu'elles offrent la couverture requise par l'obligation d'assurance, ne soit une solution efficiente d'un point de vue d'une analyse économique. Voir *Id.*, p. 243.



réflexions à propos du régime actuel<sup>684</sup>. Concernant spécifiquement l'impact du principe de précaution, les propos des auteurs ne sont pas tranchés. D'une part, certains soulèvent que l'impact immédiat du principe de précaution ne serait pas majeur<sup>685</sup>. Pourtant, d'autres perçoivent des répercussions possibles plus importantes en matière de responsabilité civile<sup>686</sup>. Actuellement, c'est précisément cette absence de certitude concernant l'évolution de la responsabilité civile dans un contexte de précaution qui place les assureurs sur leurs gardes<sup>687</sup>. En effet, comme le rappelle la *Fédération Française des Sociétés d'Assurances* :

Compte tenu de cette insécurité juridique, le principe de précaution fait peser un risque de dysfonctionnement sur l'assurance de responsabilité civile (qui indemnise les dommages causés par un assuré). Car, pour fixer un tarif d'assurance, l'assureur doit pouvoir mesurer ses engagements et les risques qu'il accepte de couvrir.<sup>688</sup>

---

<sup>684</sup> Sur l'évolution de la responsabilité civile et son avenir, plusieurs ouvrages sont rescencés dans J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 1, préc., note 71, p. 65-66. Plus particulièrement, pour d'autres exemples concernant la responsabilité et les risques contemporains, plusieurs textes ont été rassemblés dans un numéro spécial de la *Revue de droit de McGill* à ce sujet, faisant suite à une rencontre à Grenoble. Voir l'introduction du numéro : É. VARGAS et L. KHOURY, « L'innovation technologique et la responsabilité civile », (2014) 59-4 *McGill Law Journal* 773-775.

<sup>685</sup> Selon P. Jourdain, « il ne faut pas exagérer l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile, qui demeurera vraisemblablement très marginale », cité dans L. MAYAUX, préc., note 662, à la note 39. Ce dernier retient comme conséquences : « le renforcement de la responsabilité pour faute par instauration d'un devoir légal de précaution, gauchissement de la causalité ». Voir *Id.*, par. 15. Au sujet de la « faute de précaution », voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 587. Rappelons que dans la doctrine québécoise concernant le régime juridique général de la responsabilité civile, le principe de précaution n'est pas un sujet qui semble préoccuper grandement les auteurs qui décrivent le droit *applicable*.

<sup>686</sup> Mayaux les caractérise d'impacts « médiats » : « avènement d'une responsabilité préventive à finalité punitive, prenant en compte des risques de dommages sans exiger que ceux-ci surviennent effectivement ». Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 15, qui ne semble pas croire que ces conséquences se concrétisent. Nous avons par ailleurs discuté de la thèse de M. Boutonnet qui trace l'esquisse de l'évolution d'un principe de précaution autonome en matière de responsabilité civile. Les conséquences de l'*intégration* d'un principe de précaution *dans* le champ de la responsabilité civile seraient susceptibles de modifier plusieurs paramètres, par exemple : la finalité de la responsabilité passerait d'une fonction préventive individuelle à *collective*, la preuve ne porterait plus sur une causalité et un dommage, mais bien sur un *risque* de causalité et un *risque* de dommage. Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préc., note 18, p. 587.

<sup>687</sup> En France, cette incertitude s'est notamment manifestée dans un débat judiciaire concernant des antennes de téléphonie dans lequel des dommages étaient demandés. Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 41-42 et Cass. Civ. I, 17 octobre 2012, N° de pourvoi : 10-26854. Les tribunaux avaient effectivement démontré une ouverture à ce que le principe de précaution trouve application dans le domaine de la responsabilité civile. Ils l'auraient toutefois refermée au terme de plusieurs jugements en 2012. Voir M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », préc., note 642. Au Québec, quoique des requêtes s'apparentant à ce dossier aient été déposées en lien avec les compteurs intelligents d'Hydro-Québec, il n'était toutefois pas question de réclamer des dommages. Voir notamment *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2012-127 (Régie de l'énergie du Québec) et *Morency c. Syndicat des copropriétaires du 13061 Forsyth et Hydro-Québec*, 500-17-079465-137.

<sup>688</sup> « Le principe de précaution et l'assurance », En ligne : < [http://www.ffa.fr/sites/jcms/p1\\_700643/fr/le-principe-de-precaution-et-lassurance?cc=fn\\_7358](http://www.ffa.fr/sites/jcms/p1_700643/fr/le-principe-de-precaution-et-lassurance?cc=fn_7358) >

Leur crainte est ainsi de ne pas pouvoir prédire avec précision comment le système de la responsabilité civile réagira dans les prochaines années en matière de précaution, puisqu'ouvrir la porte en ce sens laisse entrevoir des possibilités multipliées de réclamations dont les montants pourraient être plutôt mirobolants<sup>689</sup>. C'est pourquoi malgré les avantages que peuvent trouver les assureurs privés dans ce qui entoure la précaution<sup>690</sup>, notamment une augmentation des risques assurables et une collaboration accrue avec les acteurs publics, leur inquisition au sujet de l'application du principe de précaution en droit se poursuivra tant que le droit applicable ne sera pas clarifié en la matière. En réaction à cette incertitude, les assureurs pourraient cependant tenter d'éviter le pire – concernant leur propre santé financière – en adaptant le contenu contractuel<sup>691</sup>. À ce sujet, en l'absence de clause prévoyant une exclusion pour faute non intentionnelle, un défaut de précaution *intentionnel* ne serait pas couvert par le contrat d'assurance, et ce, indépendamment des clauses qui auraient pu être prévues au sujet de la précaution<sup>692</sup>. L'assureur pourrait cependant vouloir inclure des clauses afin de sanctionner le défaut de précaution de l'assuré, notamment des clauses de résiliation unilatérale advenant un défaut de

---

<sup>689</sup> « En conséquence, par glissements successifs, on risque de passer à des obligations aggravées qui pèseront sur les opérateurs économiques avec des conséquences juridiques considérables sur le plan de la responsabilité. Il convient donc de donner des définitions précises au contenu et à l'application du principe de précaution si son usage se dirigeait vers la responsabilité civile ». Voir P. FLORIN, « L'assurance confrontée au principe de précaution ? », (2004) 57 *Risques : les cahiers de l'assurance*.

<sup>690</sup> Pour S. Chemarin, l'institution d'une « norme comportementale socialement efficace » pourrait se faire à travers le principe de précaution, ce qui serait favorable à l'assurabilité des risques. Voir S. CHEMARIN, préc., note 303, 170. Encore faudrait-il déterminer le contenu de cette norme comportementale...

<sup>691</sup> Les propos qui suivent sont inspirés de ceux de Mayaux en la matière. Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 15 et suiv.

<sup>692</sup> En vertu de l'art. 2464 C.c.Q., l'assureur qui n'aura pas prévu de clause afin de couvrir spécifiquement les fautes intentionnelles n'en aura jamais l'obligation, et pourra aussi le cas échéant esquiver son obligation de défendre. Voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, vol. 2, préc., note 71, p. 610-611. En ce qui concerne la faute intentionnelle, il s'agit « d'un acte ou d'une omission consciente délibérée et volontaire ». Voir *Id.*, p. 610. Le caractère intentionnel de la faute n'est parfois pas simple à déterminer : « Dans le cas où l'assuré a effectivement posé ou omis de poser un acte, l'exclusion portant sur la faute intentionnelle ne peut s'appliquer qu'en cas de geste posé avec intention de nuire. Pour certains, cette règle s'applique même si le dommage causé est différent du dommage prévu, puisque, si le dommage était prévisible ou extrêmement probable, l'intention de nuire doit être présumée. Selon certains jugements, toutefois, la volonté de causer le préjudice est requise pour conclure au caractère intentionnel de la faute. Une chose semble toutefois certaine, il n'y a pas de faute intentionnelle dans le cas de simple négligence ou même d'erreur grossière. [...] Pour conclure que l'assuré a commis une faute intentionnelle, il est donc nécessaire qu'il ait eu conscience de la portée de son acte. [...] Quoi qu'il en soit, et dans tous les cas, l'assureur a le fardeau de prouver le caractère intentionnel de la faute pour faire jouer l'exclusion de couverture ». Voir *Id.*, p. 612-613. En somme, l'assureur a une bonne pente à gravir afin de prouver que la « faute de précaution » d'un assuré puisse avoir été intentionnelle. Voir également O. JOBIN-LABERGE, « La faute intentionnelle : approche objective et subjective », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des assurances (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 139-159.

précaution<sup>693</sup>. Il est également opportun de se demander si des cas de déchéance peuvent venir au soutien de l'assureur lors d'un défaut de précaution par l'assuré, qui se trouverait alors à être le « sinistre ». Pour éviter la déchéance de ses droits, l'assuré devrait alors informer l'assureur dès le moment où il devient conscient d'avoir manqué à ses obligations de précaution, ce qui permettrait à l'assureur de lui demander toutes les informations pertinentes<sup>694</sup>. Le fait de prétendre agir en conformité avec les obligations de précaution mènerait pareillement à la déchéance<sup>695</sup>. Par contre, une clause de déchéance en cas d'absence de précaution serait pléonastique puisque le sinistre couvert serait lui-même le défaut de précaution. Il en résulterait une obligation purement potestative selon laquelle l'assureur pourrait choisir entre le respect de ses engagements d'indemniser selon les termes de la police, ou encore se prévaloir de la clause de déchéance et refuser de verser une indemnité; la clause serait donc nécessairement nulle<sup>696</sup>. La solution qui demeure envisageable pour l'assureur est donc celle d'une exclusion spécifique dans la police d'assurance responsabilité à l'égard d'un défaut de précaution<sup>697</sup>.

En somme, deux considérations générales résument les propositions qui précèdent<sup>698</sup>. D'une part, en l'absence de la reconnaissance d'un principe de précaution autonome qui pourrait être invoqué dans un recours de responsabilité civile, ce qui illustre le droit positif appliqué

---

<sup>693</sup> Il pourrait notamment être question de défaut à des mesures de précaution particulières. Voir l'art. 1605 C.c.Q. L'art. 2477 C.c.Q. prévoit qu'un préavis doit être envoyé à l'assuré et que la résiliation a lieu quinze jours après la réception du préavis. Il n'est pas possible de passer outre l'envoi de cet avis contractuellement. Voir l'art. 2414 C.c.Q.

<sup>694</sup> C.c.Q., art. 2470 et 2471.

<sup>695</sup> C.c.Q., art. 2472, al.1.

<sup>696</sup> C.c.Q., art. 1500. Voir également L. MAYAUX, préc., note 662, par. 18. Par contre, dans le cas où le sinistre serait envisagé selon le schéma de la responsabilité civile telle qu'appliquée actuellement par les tribunaux, soit sans reconnaître formellement l'existence d'un principe autonome de précaution, le sinistre serait plutôt le dommage, et l'absence de précaution serait un facteur participant à la faute. Ainsi, dans ce cas, la clause de déchéance concernant le défaut de précaution ne serait pas potestative et semblerait pouvoir être prévue au contrat.

<sup>697</sup> Voir *Id.*, par 19. L'art. 2402 C.c.Q. prévoit toutefois que l'assureur ne peut toutefois pas exclure toutes les violations à la loi par une clause générale. Il pourrait cependant exclure la violation d'une disposition particulière. Voir la partie précédente concernant les exclusions. À cet égard, Mayaux soulève que de telles clauses d'exclusions seraient susceptibles de pêcher par imprécision. Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 21. Or, dans le cas d'un contrat d'adhésion, l'exclusion qui ne serait pas claire quant au « défaut de précaution » serait interprétée en faveur de l'adhérent, soit l'assuré. Les contrats d'assurance, bien qu'étant souvent des contrats d'adhésion, peuvent ne pas être qualifiés de la sorte. Ainsi, la codification de la règle d'interprétation en faveur des adhérents suite à la réforme du *Code civil* en 1994 limite donc celle qui prévalait antérieurement dans le *Code civil du Bas-Canada*, et qui prévoyait plutôt qu'en cas d'ambiguïté, le contrat s'interprète contre l'assureur.

<sup>698</sup> Voir L. MAYAUX, préc., note 662, par. 22-23.

actuellement, le droit des assurances demeure apte à négocier les impacts du principe de précaution au bénéfice des assureurs. D'autre part, si un principe de précaution autonome émergeait réellement, la transformation de la sphère de la responsabilité civile rendrait cette marge de manœuvre offerte par le droit des assurances beaucoup moins importante. Ainsi, le principe de précaution représente un élément qui aggrave potentiellement le risque financier des assureurs. Conséquemment, comme les assureurs réagissent à l'insécurité financière par la mise en place de structures contractuelles de refinancement, le principe de précaution participerait à l'inflation normative contractuelle, une inflation des obligations privées entre acteurs économiques.

À partir des constats qui précèdent, il nous est désormais possible d'envisager faire le pont entre l'argumentation de la partie précédente et de la présente dans une discussion critique au sujet de la société assurantielle et du principe de précaution dans la société du risque, soit au-delà de la limite de l'assurance. Naturellement, il s'agira plus particulièrement de considérer le rôle du droit dans les transformations présentées et d'en tirer certains constats quant à son implication dans la gestion des risques contemporains.

### **C. Le paradoxe de la société du risque en droit**

*L'État providence* d'Ewald et *Risikogesellschaft* de Beck ont tous deux été publiés en 1986. Ces théories ont donc la même assise temporelle, et se rejoignent d'ailleurs à plusieurs égards dans l'objet général qu'il s'agissait d'analyser : la société du risque<sup>699</sup>. Leur position respective concernant « l'État providence » et l'assurance diverge toutefois à plusieurs égards. Nous remarquerons d'ailleurs que l'analyse de Beck revêt un caractère plus critique et prospectif envers les institutions qu'Ewald<sup>700</sup>. De cette présentation, nous

---

<sup>699</sup> À ce propos, Ewald mentionne qu'« [a]ujourd'hui, ça peut sembler banal, mais en 1986, nous étions peu nombreux à avoir pointé l'importance sociologique et politique de la notion [de risque] : Ulrich Beck et moi-même. J'ai fait la généalogie de la "société du risque" quand Ulrich Beck réfléchit plutôt sur ses conséquences indésirées, le passage d'une première à une seconde modernisation ». Voir O. MONGIN et J. ROMAN, préc., note 172.

<sup>700</sup> Sa position de « realist constructivism » lui permettrait effectivement de bâtir une « *action-related theory of actors and institutions* », se posant entre autres la question de « how reality "in itself" is (re)produced through discourse politics and coalitions within institutional contexts of decision, action and work ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 89-90.

pourrons tirer certaines conclusions quant au lien entre le droit et la représentation que l'on se fait de l'État et de son rôle.

## I. Les aspects juridiques de la société assurantielle dans la société du risque

Comme il a été amplement explicité dans la première partie, le capitalisme industriel a participé à ce que le champ de l'assurance s'étende à presque tous les domaines sociaux. L'importance qu'a prise l'assurance constituait une réponse aux problèmes engendrés par l'industrialisation. L'individu incarnait alors le « risque », lequel pouvait être calculé selon des analyses actuarielles<sup>701</sup>. Face aux risques catastrophiques, les piliers qui fondent le « risk calculus » s'effondrent<sup>702</sup>. Beck s'efforce toutefois de ne pas tomber dans un relativisme social et culturel qui influence la perception et la définition des risques. Il prend ainsi appui sur le phénomène d'inassurabilité des risques, qu'il considère être un critère objectif permettant de jauger le passage à la *World risk society* : « the absence of adequate private insurance protection is the institutional indicator of the transition to the uncontrollable risk society of the second modernity »<sup>703</sup>. En effet, puisque l'assurance privée répond à des impératifs économiques, elle est susceptible de reculer lorsqu'il s'agit d'assurer des risques catastrophiques. Ce « recul » des assureurs privés devant un risque permettrait de mettre en perspective les discours politiques et techniques, tout comme les pratiques judiciaires afférentes, qui voudraient laisser croire à l'absence de risque relativement à un produit ou une technologie<sup>704</sup>. Selon lui, il serait difficile de proclamer

---

<sup>701</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 51.

<sup>702</sup> Cet effondrement se manifesterait à quatre niveaux : leur compensation est illusoire, leur délimitation dans le temps et dans l'espace est impossible, les mécanismes d'anticipation n'apportent pas plus de sécurité devant la fatalité et leur classification implique de comparer l'incomparable, ce qui bouscule toute tentative de calcul. Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 54. Voir également U. Beck, *World at risk*, préc., note 2, p. 131. Le *risk calculus* dont parle Beck est la possibilité de mettre en risque les accidents au moyen des statistiques. *Id.*, p. 7. Voir également U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 51. Il équivaudrait donc à la technique assurantielle traditionnelle qui a été abordée dans la première section.

<sup>703</sup> U. Beck, *World at risk*, préc., note 2, p. 132. Voir également U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 77. Les principaux avantages du recours à cet indicateur, selon l'auteur, sont qu'il permet une analyse empirique et réfutable, qu'il est compatible avec le relativisme théorique social ou culturel, et qu'il rend compte d'implications majeures au niveau de la gestion politique des risques. U. Beck, *World at risk*, préc., note 2, p. 132. Par ailleurs, selon Chemarin, le refus d'offrir une couverture d'assurance devrait être perçu par l'État comme un son de cloche à l'effet que des connaissances supplémentaires devraient être acquises relativement au risque en question ou encore quant à son acceptabilité éthique et morale. Voir S. CHEMARIN, préc., note 303, p. 155.

<sup>704</sup> U. Beck, *World at risk*, préc., note 2, p. 133. En effet, l'auteur voit dans la limite de l'assurance privée une preuve contredisant tout discours qui ferait miroiter que l'on se rapproche du « risque zéro ». À titre d'exemple

l'absence de risque lorsqu'un assureur refuse de l'assurer, puisque son refus serait en toute probabilité lié au fait que l'assureur y voit justement un risque financier important. En résumé, « [w]here the logic of private insurance disengages, where the economic risks of insurance appear too unpredictable to insurance concerns, the boundary that separates "predictable" risks from uncontrollable threats has obviously been breached again and again in large and small ways »<sup>705</sup>. L'inassurabilité des risques catastrophiques symboliserait donc l'échec des principes de la première modernité, de la rationalité qui présentait les risques comme contrôlables et prévisibles, et incidemment, *calculables*. Ce faisant, la limite de l'assurance serait comme un baromètre permettant de jauger l'ampleur catastrophique des risques et de leur incalculabilité. Une fois dépassée cette limite, la société deviendrait *réflexive, autocritique et conflictuelle*<sup>706</sup>.

La place centrale que Beck accorde au critère de l'assurabilité des risques par le secteur privé a cependant fait l'objet de plusieurs critiques<sup>707</sup>. On reprochera justement à Beck d'apprécier l'assurabilité d'un risque essentiellement en fonction de son caractère calculable, alors que dans les faits, l'industrie de l'assurance s'adapte amplement aux situations d'incertitude de la manière dont nous l'avons vu dans la première partie<sup>708</sup>. En réponse aux arguments spécifiques d'Ericson et Doyle, Beck se ravisera en précisant qu'il n'existe pas de

---

de l'intégration de ce type de discours pas les tribunaux – il s'agit toutefois ici d'un tribunal administratif, et non judiciaire –, voir la décision de la Régie de l'énergie en matière d'installation de compteurs intelligents, par ailleurs très détaillée et intéressante dans son application du principe de précaution : « Les avis des autorités de santé publique et l'état de la recherche scientifique sur les impacts et les effets non thermiques de ce type de RF sur la santé confirment clairement qu'il n'y a aucun danger pour la santé ». Voir *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2012-127 (Régie de l'énergie du Québec), par. 480. Notons que cette décision ne visait toutefois qu'à autoriser la dépense d'Hydro-Québec. La question concernant l'impact sur la santé est notamment reprise dans un recours en injonction contre un syndicat de copropriété et Hydro-Québec concernant l'installation de compteurs intelligents. Voir *Morency c. Syndicat des copropriétaires du 13061 Forsyth et Hydro-Québec*, 500-17-079465-137.

<sup>705</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 55-56.

<sup>706</sup> *Id.*, p. 81.

<sup>707</sup> Parmi les principales critiques dirigées contre Beck à cet égard, voir R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, 135-173.

<sup>708</sup> « To the contrary, our case study shows that insurers will insure that which is not calculable through scientific expertise or controllable through certain technologies ». Voir *Id.*, 168. Dans leur étude, Ericson et Doyle décrivent notamment l'interaction entre les assureurs, les réassureurs, les assurés et l'État dans la gestion des risques catastrophiques. Leurs constats corroborent d'ailleurs l'argumentation que nous avons développée dans la partie précédente. Plus précisément, ils formulent trois grands reproches à l'argumentation de Beck : « First, insurers have always been selective about the risks they assume. [...] Second, many of the fields imagined by Beck to be uninsurable are insured. [...] Third, Beck, as well as other participants in debates about risk society, makes his assertions about insurability without empirical evidence regarding how the insurance industry actually operates in conditions of uncertainty ». Voir *Id.*, p. 137-139.

dichotomie étanche assurable/non assurable, puisqu'il n'y aurait pas de « *sharp dividing line – an either/or relation – between insurable and non-insurable risks* »<sup>709</sup>. Les risques catastrophiques auraient plutôt la spécificité d'être « *both insured and uninsured* »<sup>710</sup>. En effet, les exclusions réduisant la protection offerte<sup>711</sup> et le transfert de certains risques à l'État qui agit à titre d'« assureur de dernier recours » démontrent que l'assurance des risques catastrophique n'est jamais entièrement prise en charge par le secteur privé<sup>712</sup>. Il en résulterait un « *Potemkin village called insurance protection* »<sup>713</sup>, donnant l'illusion que les individus et la société sont assurés contre tout, alors qu'en définitive, les risques non profitables – pour l'assureur – demeurent à leur charge<sup>714</sup>. De surcroît, l'expansion des risques à toutes les sphères du vivant<sup>715</sup> fait en sorte que l'individualisation dont procède traditionnellement l'assurance devient inadéquate, étant donné que la compensation des risques catastrophiques ne vise pas uniquement un individu, mais peut concerner « des sociétés entières et des régions globales et même inclure en définitive des générations qui ne sont pas encore nées »<sup>716</sup>. Ainsi, derrière l'apparente assurabilité toujours croissante des risques catastrophiques se camoufle néanmoins une inassurabilité globale plus profonde. Cela confirmerait que face aux risques catastrophiques, le secteur de l'assurance, qui est lui-même visé par le processus de modernisation réflexive, doit modifier ses stratégies : dans la seconde modernité, l'assurance se transforme<sup>717</sup>. Les modifications qui s'opèrent dans ce secteur afin de repousser les limites de l'assurance seraient elles-mêmes porteuses de nouveaux risques :

---

<sup>709</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 134. Notons que si Ericson et Doyle s'opposent au critère proposé par Beck, ils conviennent toutefois avec lui que l'assurance rencontre inévitablement certaines limites dans la gestion des risques. Voir R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, 169.

<sup>710</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 136.

<sup>711</sup> *Id.*, p. 136-137. Voir également R. V. ERICSON et A. DOYLE, préc., note 44, 153.

<sup>712</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 136-137. Rappelons que la démonstration de la partie 1 va dans le même sens que les propos de Beck à cet égard.

<sup>713</sup> *Id.*, p. 138.

<sup>714</sup> *Id.* C'est en ce sens qu'il parlera de « *failed insurances* ».

<sup>715</sup> Beck réfère ici à la thèse d'Ewald, qui soutient qu'avec l'avènement d'un droit social, « le capital le plus important, c'est le vivant. Cette problématique est tournée vers la maximisation de la vie sous toutes ses formes. D'où une multiplication des sujets de droit : non plus seulement celui qui possède raison et volonté, mais tout ce qui est vivant, tout ce qui comme vivant peut être menacé dans ses potentialités : enfants, animaux, nature ». Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 25.

<sup>716</sup> Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 139. Il s'agit d'une libre traduction.

<sup>717</sup> *Id.*, p. 134. Rappelons que selon Beck, la seconde modernité correspond approximativement à la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle ; les transformations dans le monde de l'assurance, qui est confrontée aux risques catastrophiques, sont donc entamées depuis longue date. D'ailleurs, Ewald avait déjà soulevé en 1986 que l'assurance se prémunissait de techniques supplémentaires afin de faire face aux nouveaux risques.

What the insurance providers and other organizations charged with managing this insecurity fail to appreciate is that being controversial like this is itself a risk, an economic risk for insurers and companies and a political risk for governments. [...] In fact, a proper understanding of organizations specialized in controlling the uncertainties, such as the insurance companies, lead to new, unforeseen consequences and hazards. [...] Models of the market do not include the application of these models in the market. The more these models become general practice, the more likely are the principles on which their application is based to be annulled and their effects to become uncontrollable and unpredictable. [...] In this sense, the risks of risk management are paradoxical consequences of the increased attempts to make financial risks controllable by refining and quantifying them.<sup>718</sup>

Il n'est donc pas question de nier que les compagnies d'assurance puissent s'adapter à de nouvelles situations d'incertitude, mais de mettre en perspective le mode de gestion des risques par l'assurance elle-même dans le contexte de la seconde modernité<sup>719</sup>. L'assurance privée s'affichant insuffisante face aux risques catastrophiques<sup>720</sup>, la société assurantielle serait-elle aussi incidemment destituée de ses principales fonctions<sup>721</sup>. En outre, l'assurance jouerait moins un rôle de protection de la sécurité financière des individus qu'elle ne représenterait un risque catastrophique elle-même. En effet, le réseau d'obligations qui se met en place dans les structures de refinancement constitue lui-même un « risque systémique » qui devrait être abordé en droit des obligations<sup>722</sup>.

En ce qui concerne la thèse d'Ewald, elle est souvent citée lorsqu'il est question de l'émergence de l'État providence. Mais ce qui transcende surtout de l'oeuvre de ce dernier est la conception du droit qui s'y rattache, un droit positif et social, tout comme la dynamique politique et le *diagramme* politique basé sur un *imaginaire* assurantiel qui se sont mis en place à cette époque. Sa conception très large de l'État providence en tant que

---

<sup>718</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 135-136

<sup>719</sup> En outre, selon Beck, l'« interplay between before and after, between security in the present because provisions have been made for the worst conceivable eventuality, is nullified in the era of atomic, chemical, genetic and terrorist risks. Nuclear power stations in all their glazing glory [Beck utilise fréquemment l'industrie nucléaire pour exemplifier le risque catastrophique], have cancelled the insurance principle, not only in the economic sense, but also in the social, medical, psychological, cultural and religious senses. *The "residual risk society" has become an insuranceless society in which insurance protection paradoxically diminishes with the size of the threat* ». Voir *Id.*, p. 27.

<sup>720</sup> Les risques de la seconde modernité « are collectively imposed and hence are individually unavoidable, objectively uncontrollable and hence no longer insurable in their ultimate effects » Voir U. BECK, « Critical Theory of World Risk Society : A Cosmopolitan Vision », (2009) 16(1) *Constellations* 3, 8. Le soulignement est un ajout.

<sup>721</sup> Nous avons vu que la société assurantielle a un rôle social. À tout le moins, elle s'éloigne définitivement de la tradition alpine de solidarité sociale et s'inscrit dans une logique maritime, d'économie de marché et de profit.

<sup>722</sup> Voir V. FORRAY, « À la croisée du droit des obligations et de l'ingénierie financière – Remarques sur la nécessité sociale de l'analyse juridique », préc., note 348, et plus spécifiquement les pages 46 et suiv.



*société assurantielle* est également fondamentale, particulièrement puisqu'il est admis qu'il y fait entrer non seulement l'intervention étatique, mais également celle des assureurs privés. Beck rappelle d'ailleurs que la société assurantielle qui est l'objet des recherches d'Ewald ne se limite pas à l'assurance publique ou privée, mais résulte d'une combinaison des deux<sup>723</sup>, et « represents the core, the inner "social logic" of the consensus on progress, which – in principle – legitimated techno-economic development in the first industrial modernity »<sup>724</sup>. Comme nous l'avons vu au terme de la première partie, le paysage assurantiel est effectivement composé d'une habile articulation entre le privé et le public. Il s'agit de manière apparente d'un partage entre la participation privée et la participation publique à l'indemnisation elle-même, mais aussi d'un déploiement de normes privées et de normes étatiques, et d'un antagonisme entre intérêt privé et intérêt public en matière de gestion des risques.

Dans sa thèse de départ, Ewald aborde le même type de risques que ceux qui préoccupent Beck, qu'il appellera *risques écologiques*<sup>725</sup>. Il reconnaît d'ailleurs que ceux-ci dépassent le domaine de *l'assurable* selon la conception actuarielle traditionnelle<sup>726</sup>. En ce sens, Beck souligne que l'échec de la société assurantielle à gérer les risques de la seconde modernité selon un schéma probabiliste est généralement causé par le caractère inadéquat des normes et des institutions découlant de la première modernité : « risk calculation, insurance principle, the concept of accident, disaster prevention, prophylactic aftercare [réf. omise] »<sup>727</sup>. La seconde modernité sonne ainsi le glas d'un diagramme politique qui serait lui-même essentiellement calqué sur la technique de l'assurance traditionnelle et actuarielle.

Le concept de risques, même s'il ne correspond plus à une équation probabiliste, n'a

---

<sup>723</sup> Selon Beck, « [...]it involves public and private insurance (welfare state) [...] ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 52

<sup>724</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 52.

<sup>725</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 418.

<sup>726</sup> « Aussi bien, le domaine du risque, longtemps confondu avec celui de l'assurable, en vient, selon sa pente naturelle, son existence propre, à outrepasser ces limites dans les deux directions de l'infiniment petit du risque biologique, naturel ou alimentaire et de l'infiniment grand des "risques technologiques majeurs", des catastrophes technologiques. [...] À première vue, des uns aux autres, pas de commune mesure. Sauf qu'ils se rejoignent en ceci que ce sont des risques qui, à la différence des risques d'assurance, ne portent plus seulement sur la vie ou sur le corps comme capital, mais le visent dans son existence *biologique*, dans sa capacité de reproduction [...] ». Voir *Id.*, p. 417. Le soulignement est un ajout.

<sup>727</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 31.

pourtant pas été écarté *par* la société assurantielle, ni n'a écarté *la* société assurantielle. Face à ces risques, Ewald note que « tout devient politique »<sup>728</sup>, et la reproduction d'une société à l'imaginaire assurantiel qu'elle perpétue au moyen du droit ne fait décidément pas exception. En effet la limite de l'assurance transforme la société assurantielle *actuarielle* en une société assurantielle *décisionnelle*<sup>729</sup> :

Here, however, it has been argued - drawing on François Ewald's systematic historical analyses – that risk society begins where the industrial society's principles of calculation are submerged and annuled in the continuity of automatic and tempestuously successful modernization. Risk society negates the principles of its rationality. It has long ago left these behind, because it operates and balances beyond the insurance limit. This is only one indicator which demonstrates that an enterprise [l'institution de l'État providence ou société assurantielle] which began with the extension of calculability has slipped away into what is now decision-determined incalculability. The results are concrete and reciprocal possibilities of critique and politicization within and between institutions, lifeworlds and organizations.<sup>730</sup>

Ainsi, la société assurantielle, ne pouvant plus s'appuyer sur un fondement purement probabiliste, se réformerait perpétuellement par un processus de redéfinition de ses valeurs, de « la valeur des valeurs » qui s'expriment dans l'*ordre normatif*, dans un *droit social* dont la règle de justice est la *norme*<sup>731</sup>. Au sujet du processus menant à déterminer le contenu du droit social, Ewald précise :

Une régulation de type normatif impliquera une multiplication de procédures de négociation collective où seront mis en balance avantages et inconvénients de telle ou telle technique, mais aussi les effets économiques et sociaux de son adoption. La normalisation est un type de savoir-pouvoir qui incite ainsi à l'invention de procédures démocratiques qui soient telles que tous les intérêts, toutes les composantes de la société puissent négocier entre elles.<sup>732</sup>

Or, derrière la norme, derrière la *justice normative*, il se trouve une « logique de dissuasion » qui donne lieu à une communication *intersubjective* entre les acteurs concernés par un risque. Celle-ci permet aux acteurs dont les réalités subjectives d'un risque

---

<sup>728</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 424. Si Beck fait le même constat « the decision-making centres and the "objective laws" of scientific-technological process are becoming political issues ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 82. Nous verrons cependant que son diagnostic le guidera radicalement ailleurs que vers la société assuantielle et le droit normatif décrit par Ewald.

<sup>729</sup> Selon Beck, « the hazards which are now decided and consequently produced by society *undermine and/or cancel the established safety systems of the welfare state's existing risk calculations* ». Voir *Id.*, p. 76.

<sup>730</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 89. Le soulignement est un ajout.

<sup>731</sup> Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 542 et suiv. Voir également D. MOCKLE, « La rationalité juridique et politique de l'État providence », (1987) 11 *Politique* 138, p. 143. À noter que le droit *normatif* n'est selon Ewald pas exclusivement fondé sur une norme *actuarielle*, soit une norme dont l'on prend acte après coup ; la norme est *dynamique*, et on la suit dans sa formation, dans le processus de *normalisation*, de *valorisation*. Voir F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 589-591.

<sup>732</sup> *Id.*, p. 593

catastrophique s'opposent de trouver une « commune rationalité » pour évaluer les impacts de celui-ci sur chacun d'eux, discussion qui se produit par le canal politique :

C'est par dissuasion que le politique devient l'échangeur généralisé, l'équivalent universel. C'est par logique dissuasive que l'espace politique s'homogénéise, que les ordres et les choses les plus disparates deviennent commensurables, et qu'il peut s'effectuer un *linkage* [réf. omise] entre l'économique et le social, l'écologique et l'industriel, les politiques de santé et les objectifs culturels. La dissuasion assure la régulation de l'État providence. C'est le nom que, dans un ordre de la norme, prend la « justice contractuelle ». Justice de pur rapport. Justice stratégique.<sup>733</sup>

En somme, pour Ewald, le droit normatif devient l'outil de reproduction de la société assurantielle, qui jongle ainsi avec les intérêts et les risques. C'est d'ailleurs probablement ce qui lui aura valu les étiquettes de « foucauldisme de droite » et « libéral-assurantiel », puisque :

[...] le constat historique majeur de Foucault d'un "passage de la loi à la norme" n'est pas convoqué [dans la thèse d'Ewald] pour penser cette nouvelle forme de pouvoir "qui a pour tâche de prendre la vie en charge", mais la nécessité d'un assouplissement du droit social et d'une "révision du Code civil" pour couvrir tous les risques pensables<sup>734</sup>.

L'évolution de la *société assurantielle* d'Ewald dissimulerait une « réinterprétation cybernétique des théories foucauldiennes du "biopouvoir" et des "sociétés de sécurité", qui en propose moins l'archéologie historique que la légitimation technocratique »<sup>735</sup>. Dans ce contexte, nul ne s'étonnera qu'il puisse continuer d'insister sur le fait que de proclamer « la

---

<sup>733</sup> *Id.*, p. 598.

<sup>734</sup> F. CUSSET, *French theory : Foucault, Derrida, Deleuze et Cie et les mutations intellectuelles aux États-Unis*, Paris, La Découverte, 2005, p. 332-333.

<sup>735</sup> *Id.*, p. 333. Notons qu'A. Supiot demeure critique quant à l'apport de l'œuvre de Foucault, dont il dénote « l'étonnant appauvrissement de leur vision du droit par comparaison à la richesse et la subtilité de celle de leurs grands prédécesseurs, tels Durkheim, Mauss ou Gurvitch. [...] réduire le droit à cette fonction [de domination], c'est très certainement une régression dans sa connaissance et le signe d'une incompréhension du rôle nodal qu'il a joué dans la domestication du pouvoir. Le droit est certainement une technique de pouvoir, mais c'est une technique qui lie et limite le pouvoir, et c'est toute la difficulté de le bien penser. [...] Avec le recul, il est plus facile de comprendre la signification de cette pensée postmoderne [Supiot réfère ici également à G. Deleuze et F. Guattari], que les universités américaines ont accueillies sous le nom de *French Theory*. Elle a fourni la charnière théorique qui a fait pivoter une partie de l'intelligentsia du communisme à l'ultralibéralisme. [...] Il serait en tout cas excessif d'attribuer à la *French Theory* le mérite ou le blâme d'avoir fourni à l'ultralibéralisme ses bases théoriques. Quelques années plus tôt, les économistes et les juristes de l'École de Chicago avaient déjà œuvré en ce sens, avec une efficacité sur la fabrique du droit à l'échelle mondiale infiniment plus grande ». Voir A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 177-181.

fin de la société assurantielle au profit d'une "société du risque" »<sup>736</sup> serait prématuré, illustrant son propos par l'ampleur du budget qui est géré par le secteur de l'assurance<sup>737</sup>.

Beck ne nie pourtant pas que la société puisse toujours se présenter sous la forme de société assurantielle<sup>738</sup>. Le paradoxe de la société du risque se situe *justement* dans le fait que les risques catastrophiques, bien qu'inassurables, puissent tout de même être utilisés comme justificatif afin d'épandre la société assurantielle, et donc d'esquiver l'attribution de certaines responsabilités<sup>739</sup>. Aux arguments de Luhmann qui, similairement à Ewald, évoquait également les rapports subjectifs et conflictuels dans la détermination de ce qui constitue un risque catastrophique, Beck répondra :

This may be true, but it fails to recognize the systemic yardstick of economic insurance rationality. Risk society is the *uninsured* society in which insurance protection *decreases* with the scale of the danger – and this in the historic milieu of the "welfare state" that includes all

---

<sup>736</sup> Ce faisant, Ewald se place en opposition avec Beck. Voir F. EWALD, « La société assurantielle et son avenir », préc., note 239, 88.

<sup>737</sup> « Sur un budget de 950 milliards d'euros consacré, en France, aux protections, plus de 850 sont gérés par des institutions d'assurance, les 10 % restants se répartissant entre les budgets de la défense, de la police et de la justice (pour 5 %), la dernière part allant à l'environnement ». Voir *Id.*, 88. On remarquera également qu'Ewald semble avoir un parti pris pour le marché de l'assurance *et son maintien*. Spécifions qu'Ewald est actuellement membre du *Conseil d'orientation et de réflexion sur l'assurance*, qui « a pour objectif d'accroître les échanges entre le monde de l'assurance et la société civile », et a été directeur de l'École nationale d'assurances en France, ce qui justifie que nous le catégorisons aujourd'hui en tant que favorable au rôle de l'assurance privée dans la gestion des risques contemporains. Voir [http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fn\\_7332/fr/le-conseil-d-orientation-et-de-reflexion-de-l-assurance](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fn_7332/fr/le-conseil-d-orientation-et-de-reflexion-de-l-assurance). Notons qu'à l'époque où il publie l'État providence, en 1986, sa relation favorable à l'assurance n'apparaissait pas si campée. Ewald, « ancien disciple de Foucault, ancien maoïste », justifie ainsi son rapprochement avec le secteur de l'entreprise : « La politique est devenue impuissante et décevante. Et les intellectuels ont compris que le vrai pouvoir se trouvait du côté des entreprises » Voir B. POULET, « Les intellos au service des patrons », (2002) *L'expansion* : <[http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/les-intellos-au-service-des-patrons\\_1340124.html#hGPxLIqDRxS0kf1P.99](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/les-intellos-au-service-des-patrons_1340124.html#hGPxLIqDRxS0kf1P.99)>. Selon Ewald, le changement au niveau de ses allégeances ne serait pas signe d'une contradiction, mais afficherait au contraire une continuité logique dans son discours. Voir L. LE VAILLANT, « Tout Foutl'cault », (2004) *Libération* : <[http://www.liberation.fr/portrait/2004/05/31/tout-foutl-cault\\_481240](http://www.liberation.fr/portrait/2004/05/31/tout-foutl-cault_481240)>. Il faut dire que le passage d'une idéologie radicalement de gauche à une idéologie ultralibérale est loin d'être un phénomène isolé, les postures communistes et capitalistes partageant d'ailleurs dans leur vision notamment « l'économisme et l'universalisme abstrait ». Voir A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 42-44.

<sup>738</sup> Précisons également que dans les textes de Beck consultés, nous n'avons pas perçu qu'il s'opposerait franchement à l'utilisation de la technologie de l'assurance pour les « risques calculables », par exemple les accidents automobiles.

<sup>739</sup> La théorie de la société du risque de Beck révèle de manière préminente une problématique de la responsabilité des acteurs en cause dans l'émergence de nouveaux risques, qui se dissimule derrière une *organized irresponsibility*. Voir notamment U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 7-8. À cet égard, rappelons que la société assurantielle est émergée *justement* en réponse aux obstacles que posait le diagramme libéral de la responsabilité juridique basée sur la faute face aux conséquences de l'industrialisation, nuisant à la poursuite de cette dernière. Les nouveaux risques émoussent l'efficacité de ce gommage politique et juridique, et ramènent la question de la responsabilité – dans son sens large, et non strictement juridique – avec force.

areas of life and of the comprehensive insurance society. Only both together – uninsured and comprehensive insurance society – explain the explosive political force of risk society.<sup>740</sup>

Cette « explosive political force » de la société du risque, qui est à *la fois* société assurantielle *et* société non assurée, a certainement à voir avec le fait que l'assurance soit elle-même devenue la source de risques financiers catastrophiques. Ceux-ci se développent sur une base juridique (droit des affaires et des obligations) et avec l'approbation de l'État, ou à tout le moins sans que celui-ci ne fixe trop de limites. Cette situation contribue à ce que le contrat social par lequel l'État providence assurait la sécurité nécessaire à la poursuite de l'industrialisation est constamment mis à l'épreuve par les risques catastrophiques<sup>741</sup>. La brèche qui s'ouvre ainsi remet en cause le consentement social concernant le progrès<sup>742</sup>. Afin de maintenir sa légitimité, l'État devra constamment entrer en scène notamment afin de participer à la définition des risques, mais surtout de *rassurer* la population sur la bénignité des risques qui découlent des activités industrielles et économiques, et des décisions politiques. Dans la poursuite de ces objectifs politiques, et alors que la limite de l'assurance – dans ses techniques traditionnelles – a résolument été franchie, le principe de précaution joue un rôle apodictique dans la prise de décision. Entre les objectifs de la précaution et les conséquences de sa mise en application dans le cadre législatif national, un écart indique toutefois une certaine incohérence.

## II. Les aspects juridiques du principe de précaution dans la société du risque

Devant l'ampleur des risques catastrophiques, il n'est pas surprenant que l'on puisse faire un lien entre le principe de précaution et la théorie de la société du risque que nous avons décrite au début de cette partie<sup>743</sup>. Il convient pourtant de ne pas mélanger les cartes : à notre connaissance, Beck ne se positionne pas explicitement par rapport à la nécessité – et encore moins aux bienfaits – de recourir au principe de précaution tel qu'il est actuellement

---

<sup>740</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 113. Le soulignement est un ajout.

<sup>741</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 52.

<sup>742</sup> *Id.*

<sup>743</sup> Par exemple, pour D. Kessler : « La "société du risque", c'est un peu la théorie du principe de précaution, du *Vorsorgeprinzip*, notion qui vient elle-aussi d'Allemagne. On a beaucoup dit en France que le philosophe du principe de précaution était Hans Jonas, avec *Le Principe responsabilité*. Ce n'est pas si sûr. C'est chez Ulrich Beck que l'on trouve vraiment une sociologie politique du principe de précaution et une description de ses conditions de possibilité ». Voir D. KESSLER, « Ulrich Beck et la Société du risque », (2002) 100(4) *Commentaire* 890.

consacré dans plusieurs systèmes législatifs<sup>744</sup>. Par contre, sa thèse peut effectivement nourrir l'*éthique* de précaution, la *philosophie* de la précaution, tout comme celle de Jonas<sup>745</sup>, sans pour autant constituer une assise encourageant l'adoption de dispositions législatives s'adressant à l'État, fréquemment désignées comme constituant le principe de précaution. Ainsi, Beck n'est pas *contre* la précaution entendue dans son sens large, surtout dans la mesure où la compensation des dommages que les risques contemporains laissent envisager n'est assurément pas suffisante<sup>746</sup>. Selon lui, ce qui pose problème *a priori* se situerait plutôt au niveau des mille et une manières dont la philosophie de la précaution peut être appliquée et les valeurs morales qu'elle peut véhiculer, notamment au niveau juridique. Le simple fait de se réclamer d'une approche de précaution ne serait donc pas suffisant pour pouvoir prétendre se conformer à la sociologie beckienne.

C'est principalement par la voie d'une critique du régime de la responsabilité – entendu dans son sens large, et non exclusivement juridique – que Beck réagit à la gestion des risques contemporains, et qu'il est possible d'envisager une critique du principe de précaution en droit. Selon lui, les transformations s'étant produites au cours de la première modernité à ce sujet n'auraient pas simplement anéanti la responsabilité ou généré une simple déresponsabilisation en ce qui concerne les dangers résultant de l'industrialisation des sociétés, mais *pire*. En effet, bien que ces dangers soient le résultat *conjoint* de l'activité scientifique, économique et politique, l'imputation de la responsabilité de leurs conséquences ne refléterait pas cette réalité<sup>747</sup>. Elle aurait été minutieusement et consciemment disséquée et redistribuée parmi ces sous-systèmes sociaux selon un schéma qui la rend pratiquement illusoire : « we are dealing with an extensive labyrinth whose

---

<sup>744</sup> En fait, des textes que nous avons consultés, le principe de précaution n'est abordé directement qu'à de très rares occasions par l'auteur, et le cas échéant, très brièvement. Dans U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, l'entrée « principe de précaution » ne se retrouve pas dans l'index. Dans U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, publié plus tard, elle y apparaît et renvoie à quatre courts passages d'une page ou moins sur un total de 269 pages. Considérant que le principe aurait pris origine en Allemagne, le silence relatif de Beck à son égard nous semble significatif et ne laisse pas croire que l'auteur y voit une solution miraculeuse face aux problèmes engendrés par les risques catastrophiques.

<sup>745</sup> Notons que dans tous les cas, Beck admet avoir été largement influencé notamment par Jonas, même s'il le classe parmi les auteurs qui « do not know where the forces could come from which are to bring the superpower of technological progress to its knees or at least to admit its contribution ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 85.

<sup>746</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 118-119.

<sup>747</sup> *Id.*, p. 7-8

construction plan is not non-responsibility or irresponsibility but, rather, the coexistence of responsibility [*Zuständigkeit*] and impunity [*Unzurechenbarkeit*] – to be more precise, responsibility *as* impunity or : organized irresponsibility »<sup>748</sup>. Et c'est précisément par l'entremise du système juridique, autant national qu'international, que cette irresponsabilité serait formellement « organisée »<sup>749</sup>.

Si la responsabilité – au sens libéral du terme – est ainsi réaménagée au plan juridique afin de refléter les orientations politiques, ce n'est pas exclusivement à l'intérieur de ce que l'on désigne comme étant le régime de responsabilité civile. En effet, non seulement le régime juridique relatif à l'indemnisation des risques directement ou indirectement (responsabilité civile, droit des assurances) apparaît-il insuffisant ; c'est le *système* juridique dans son entièreté qui, par sa rationalité attachée à la première modernité, ne peut faire autrement que de faire persister des attitudes inadéquates dans le contexte de la deuxième modernité, à nourrir l'irresponsabilité. Cela nous laisse donc croire *a priori* que les manifestations législatives de la précaution (principe procédural, mesures de précaution, etc.) ne se révéleraient peut-être pas des mesures adaptées à un objectif conforme à la philosophie de la précaution.

Dans la première modernité, nous avons vu que les risques étaient des risques circonscrits, des risques dont la définition était *stable* au sein de la nation qui les détaillait<sup>750</sup>. Or, cela ne découlait pas tant des caractéristiques propres aux risques eux-mêmes que de la rationalité des institutions qui encadrait leur définition<sup>751</sup>. Dans la société du risque, la définition des

---

<sup>748</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 7-8.

<sup>749</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 139. Rappelons que nous avons d'ailleurs consciemment choisi d'exclure de notre analyse un volet de droit international en raison du fait que le principe de précaution, même dans ses formulations de droit international, renvoie à des décisions qui sont ultimement prises par chacun des États qu'il concerne et peut ainsi être appliqué avec plus ou moins de rigidité. Voir F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », préc., note 559, p. 25.

<sup>750</sup> Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 127 : « The technical approach refuses to see that risk definition has always rested on cultural definitions. These definitions were stable for so long because they were stabilized by institutional arrangements. This made them look like they were facts of nature, and made questions of risk behave like mere technical questions ».

<sup>751</sup> « Stable cultural definitions once provided frames of reference that made it possible to settle causality, assign responsibility, and divide the risk. When those cultural definitions are set in flux because they lose their institutional underpinnings, then the instruments of technical reason take on a completely different meaning. Statistics and theories of causality become instruments of struggle in a war to ward off costs rather

risques ne revêt plus une telle stabilité, ce qui résulte davantage d'une perte de légitimité des institutions sociales – scientifiques, juridiques, et, plus fondamentalement, politique – que de la nature des tests techniques et scientifiques visant à déterminer la dangerosité de certains activités ou produits :

Technicians think it is merely a matter of doing tests to determine an objectively safe threshold value. But it is the *process* that legitimates that value. That process is legitimated by social system. And that social system is legitimated by its ability to assign responsibility and compensation as mechanically and reliably as the technicians assign threshold values. If the back half of the system breaks down, then so does the front half. For that matter, so does the middle, which is the authority and legitimacy of the system as a whole.<sup>752</sup>

Autrement dit, le seul moyen d'éviter la déconstruction des institutions de la première modernité dans la seconde, et particulièrement des institutions politiques et juridiques, passerait dans l'instauration d'une procédure qui générerait la légitimité sociale nécessaire, ce que le principe procédural de précaution participe à faire, comme nous l'avons démontré antérieurement.

La définition des risques étant elle-même malléable, l'irresponsabilité prendrait alors racine ailleurs que dans un droit qui serait *statique*<sup>753</sup>. Conséquemment, l'introduction du principe de précaution dans le système juridique invite toujours à recourir aux normes dans la gestion des risques, à la différence qu'il sera « l'occasion d'un renouvellement dans les normes, mais aussi de nouvelles manières de les établir »<sup>754</sup>. Nous avons d'ailleurs vu que le principe de précaution encourageait la considération de l'opinion publique dans la prise de décision. Cependant, bien que le but avoué derrière la perméabilité des normes aux positions partagées par certains groupes sociaux soit d'éviter que les décisions politiques soient assujetties uniquement à la rationalité scientifique<sup>755</sup>, la normalisation peut

---

than a means to distribute them justly and efficiently. They fuel risk conflict rather than contributing to its containment ». Voir *Id.*

<sup>752</sup> U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 127

<sup>753</sup> *Id.*

<sup>754</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 45. Celles-ci demeurent à tout moment révisables afin de refléter le consensus social et sont donc fondamentalement instables. Voir *Id.* Ce qui rejoint les précisions évoquées antérieurement au sujet du passage de la norme étatique aux normes privées. Voir notamment D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », préc., note 37.

<sup>755</sup> « Telle est la nouveauté du principe de précaution : il déconnecte la décision politique de l'expertise scientifique qui n'est plus qu'un élément de décision parmi d'autres, plus sociaux. Le principe de précaution exprime ce principe de souveraineté sociale des normes ». Voir F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 47.



néanmoins véhiculer la rationalité politique de la première modernité. Par exemple, comme les coûts *politiques* de surréagir face à l'incertitude sont selon Beck inversement proportionnels aux coûts réels sur l'environnement, la santé et la sécurité, les politiciens pourraient avoir tendance à ne pas régler leur réaction en fonction du pire scénario envisageable afin de maintenir leur popularité. Devant le manque d'information scientifique complète concernant un risque, ils laisseraient alors entendre que les standards de sécurité actuels seraient rencontrés, quitte à devoir en assumer les conséquences par la suite<sup>756</sup>. L'existence même de ce dilemme illustre bien la latitude au niveau des décisions en situation d'incertitude, puisque les circonstances « contains the injunction to relativize analyses of probability and to give free rein to the imagination of threats, and hence to base decisions on dubious hypotheses or mere suspicions »<sup>757</sup>. Une mise en scène institutionnelle des risques se jouant notamment au niveau du fardeau de preuve exigé afin de parler de l'existence même d'un risque contribuera malgré tout à ce qu'une définition légitime soit établie<sup>758</sup>.

Le « va-et-vient » entre le processus de normalisation et les dangers apparaissant dans la seconde modernité devient hyperbolique, pour parler comme Beck. Ce phénomène, caractéristique de l'irresponsabilité organisée, jouerait un rôle plutôt *symbolique* dans la gestion des risques catastrophiques<sup>759</sup>. Autrement dit, la normalisation ne serait pas

---

<sup>756</sup> Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 54. Incidemment, il pourrait s'avérer difficile d'éviter qu'un « diabolical power game » prenne place dans la gestion des risques contemporains. Voir *Id.* Certains réfèrent à ce phénomène en termes de *dilemme du politique*, selon lequel l'autorité publique doit choisir entre « [...] édicter *ex ante* des prescriptions contraignantes pour plus de prévention, au risque d'être perçu comme alarmiste et trop contraignant, ou laisser faire les citoyens et les entreprises avec la perspective de distribuer les fonds publics *ex post* et de bénéficier alors d'un regain de popularité. [...] Le dilemme du politique et les limites de l'assurance interviennent plus encore dans des situations d'incertitude relevant du principe de précaution ». Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 371.

<sup>757</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 118-119. Cette latitude pourrait selon lui faire en sorte que le danger devienne lui-même une source de danger par la manière dont on y réagit. Il donnera l'exemple des mesures préventives prises en Iraq – la guerre – pour contrer le terrorisme, mais qui ont plutôt accentué le phénomène du terrorisme. Le propos demeure néanmoins pertinent au sujet des autres types de risques également. Pensons par exemple aux mesures qui peuvent être prises afin d'encadrer l'utilisation de pesticides, qui laisse néanmoins le champ libre, dans tous les sens du terme, à l'utilisation massive de pesticides et à la perte de contrôle de ceux-ci. Les revendications de « zones sans contamination » soulèvent les problèmes à ce niveau. Pour un exemple, voir : <<http://www.unionpaysanne.com/actualites/785-gaspesie-sans-ogm-petition-en-appui-aux-gens-de-la-gaspesie>>.

<sup>758</sup> À ce sujet, voir notamment U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 102. La médiatisation des risques est évidemment un autre volet qui participe à la *mise en scène* des risques. Voir notamment *Id.*, p. 98-100. Voir aussi O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJEAN, préc., note 224, p. 65 et suiv.

<sup>759</sup> Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 32.

*effective* dans la société du risque. En effet, la prééminence de la normativité « révisable » aurait comme effet, selon Beck, de laisser les dangers prendre de l'ampleur tandis que les responsables poursuivraient leur activité dans un anonymat relatif, juridiquement parlant à tout le moins. Les dangers découleraient effectivement moins d'une transgression de la loi qu'ils ne seraient « permis » en regard des normes, *a contrario*<sup>760</sup>. En définitive, seuls les symptômes des risques seraient combattus par le droit, la politique de la peur alimentant plutôt la consommation, la production, le rêve d'une expansion scientifique illimitée<sup>761</sup>, ou en d'autres termes, le projet de la première modernité. Et le principe de précaution participerait activement à cela :

The economic attraction here is that safety and precautionary principle prescribed by the state enforce the (ultimately even worldwide) "consumption" of carbon dioxide-free and energy-efficient technologies. Under a regime of "green capitalism" composed of transnationally structured ecological enforced markets, ecology no longer represents a hindrance to the economy. Rather the opposite holds : ecology and climate protection could soon represent a direct route to profits.<sup>762</sup>

Ainsi, le principe procédural de précaution, mais plus généralement le système juridique issu du développement de la société assurantielle tout entier, ne serait pas apte à gérer les risques catastrophiques<sup>763</sup>. Ceci évoquerait même une « confusion de siècles »<sup>764</sup>. Or, « [m]odern societies are therefore confronted with the principles and limits of their own

---

<sup>760</sup> « The established rules of allocation and responsibility – causality and guilt – break down. This means that their undaunted application in administration, management and legal terminology now produces the opposite result : dangers grow *through* being made anonymous. The old routines of decision, control and production (in law, science, administration, industry and politics) effect the material destruction of nature *and* its symbolic normalization. The two complement and accentuate each other. Concretely, it is not rule-breaking but the rules themselves which "normalize" the death of species, rivers and lakes ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 32. Rappelons que c'est précisément l'effet qui avait été recherché à l'époque, au XIX<sup>e</sup> siècle, alors que l'on voulait éviter que les dangers liés à l'industrialisation soient imputés aux entreprises.

<sup>761</sup> « But even where risks are picked up, it is always only the symptoms that are combated, never the causes, because the fight against the risks of unrestrained business activity has itself become a major business, offering a new lease of life to scientific/technological dreams of unlimited expansion. In our society, risk-fighting can be nothing else but business - the bigger it is, the more impressive and reassuring. The politics of fear lubricates the wheels of consumerism and helps to "keep the economy going" and steers away from the "bane of recession". Ever more resources are to be consumed in order to repair the gruesome effects of yesterday's resource consumption. Individual fears beefed up by the exposure of yesterday's risks are deployed in the service of collective production of the unknown risks of tomorrow... (Bauman, 1992 : 25)

Indeed, life and behaviour in risk society have become Kafkaesque – in the strict sense of the world [réf. omise] ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 86.

<sup>762</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 103.

<sup>763</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 139.

<sup>764</sup> U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 28, référant à une expression utilisée par Günther Anders.

model precisely to the extent that they do not change themselves, do not reflect on the consequences, and pursue an industrial policy of more-of-the-same»<sup>765</sup>. Si l'on suit la réflexion de Beck, il ne suffirait pas de bonifier le système juridique actuel par des règles de droit qui y feraient pénétrer la philosophie de précaution alors que les institutions politiques, scientifiques et juridiques demeureraient elles-mêmes inchangées. Sa critique semble ainsi cibler l'individualisation des normes et l'individualisation de la responsabilité, lesquels phénomènes font perdre de vue les impératifs globaux dont il s'agit de tenir compte socialement et juridiquement. L'application de la philosophie de la précaution dans une perspective beckienne inviterait donc à ce que des transformations au niveau des institutions, et donc du système juridique, soient réellement considérées<sup>766</sup>.

En effet, non seulement le principe de précaution tel qu'inscrit dans le système juridique actuel n'arriverait-il pas à assurer la paix sociale, légitimant les atteintes à la vie elle-même, mais il susciterait également des atteintes à la politique elle-même<sup>767</sup>. Face à cette instabilité et cette dispersion de la norme accentuée par l'application du principe de précaution, Ewald remarque également que la rationalité politique est remise en question :

Cela rend les choses incompréhensibles pour les populations qui peuvent penser que ces différents niveaux expriment différents niveaux de protection scientifique alors qu'il ne s'agit que de l'expression de leurs propres appréhensions, la sécurité étant scientifiquement garantie de la même manière, au même niveau dans tous les cas. Quant aux associations qui manipulent cette dispersion comme l'expression de différences d'appréciation scientifique, elles ne peuvent pas méconnaître qu'elles commettent une faute logique : il y a comme une contradiction entre le principe de précaution comme espoir de normes universelles de protection et sa réalité qui conduit plutôt à la dispersion infinie des normes. Avec le principe de précaution, le monde des normes qui s'était établi pour permettre d'élargir le monde des échanges et des communications tend à ressembler à une tour de Babel. Une dispersion des normes qui, loin de renforcer la confiance et la crédibilité, les érode au contraire. Ce qui ne peut que compliquer la gestion politique du principe. Un nouvel aspect où le principe de précaution n'apparaît pas fédérateur, principe de renforcement de la cohésion sociale, mais au contraire principe de consensus de

---

<sup>765</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 74.

<sup>766</sup> Voir U. BECK et C. LAU, « Second Modernity as a Research Agenda : Theoretical and Empirical Explorations in the "Meta-Change" of Modern Society » (2005) 56(4) *British Journal of Sociology* 525, p. 532, cité dans M.P. SØRENSEN, préc., note 108, p. 33-35. Comme nous l'avons déjà souligné, Beck ne doit pas être considéré comme un postmoderniste. Ainsi, il envisage les transformations vers une seconde modernité avec d'une part la poursuite de certains principes de base, comme la nécessité de prendre des décisions sur une base rationnelle, mais avec une transformation au niveau des réponses institutionnelles. Par exemple, l'indépendance de l'État ne devrait plus selon lui être envisagé du point de vue de l'État-nation. Voir *Id.*

<sup>767</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 34

dispersion, d'éclatement, de cacophonie. La recherche de consensus de précaution ne peut que conduire au constat des *dissensus* sur les valeurs.<sup>768</sup>

Ewald et Beck se rejoindraient ici d'une certaine manière, quoique brièvement, puisque l'un comme l'autre conclut que le recours à une normalisation diffuse ne servirait pas une société où les risques catastrophiques sont d'une ampleur mondiale.

Le principe de précaution procédural est un principe qui, rappelons-le, s'adresse à l'État, lequel est toujours chargé de prendre les décisions quoique le débat public soit favorisé dans son application. Les normes qui en découlent seraient fondées à la fois sur les connaissances scientifiques et sur le niveau d'acceptabilité sociale, demeurant donc nécessairement nationales et relatives; il serait à ce titre illusoire de croire en l'existence de normes universelles<sup>769</sup> :

Chaque acteur intéressé par la normalisation est lui-même porteur d'une norme et dispose théoriquement d'un droit égal à la faire valoir. Si bien que de deux choses l'une : soit la norme retenue sera l'effet, l'aveu, de la domination franche d'un des acteurs sur les autres, soit elle résultera d'une négociation débouchant sur un compromis. Il ne peut y avoir de norme universelle ; la norme adoptée témoignera d'un rapport de force existant au moment de son adoption. Normaliser n'est pas tant imposer une règle à une activité que l'exercice d'un certain type de savoir-pouvoir destiné à produire de l'objectivité sociale en l'absence d'une référence à la nature.<sup>770</sup>

Ewald critiquera cependant le fait que le principe de précaution engendre un déplacement de la source de la légitimité des décisions, auparavant assurée dans le droit normatif, vers une norme qui serait le résultat de la politisation des décisions, de leur « médiation publique », une norme représentant donc le consensus social existant à un moment donné et à un endroit donné<sup>771</sup>. Autrement dit, Ewald critique que l'État et la population puissent intervenir dans l'établissement de normes non législatives. En effet, il voit dans l'importance accordée à l'opinion publique dans l'établissement des normes une « suspension du jeu normal des institutions », et notamment du système juridique. Ewald reproche l'intervention politique et publique dans l'établissement de normes *privées*<sup>772</sup>. En

---

<sup>768</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 47-49.

<sup>769</sup> *Id.*, p. 46.

<sup>770</sup> F. EWALD, *L'État providence*, préc., note 20, p. 592.

<sup>771</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 39.

<sup>772</sup> « Mais cette médiation publique n'est pas sans conséquences. Elle politise les questions industrielles. Elles ne sont plus privées, elles deviennent publiques. Ce n'est pas rien. Car cette politisation, comme on l'a vu avec le récent Grenelle des antennes, suspend le jeu normal des institutions. [...] On crée une nouvelle légitimité

bref, ce serait à ce changement plus radical et plus profond au niveau des institutions qu'Ewald s'opposerait, ce qui transparaît d'ailleurs dans sa position relativement à la société assurantielle.

Quoi qu'il en soit, la seconde modernité engendre une réflexivité qui implique que des changements se produisent au niveau des institutions. Toutefois, selon lui, il ne faudrait pas conclure que de telles transformations – notamment le principe de précaution – mènent nécessairement à mieux<sup>773</sup>. En d'autres termes, les risques catastrophiques soulèvent progressivement l'absurdité évidente de l'autoréférentialité des sous-systèmes sociaux développés dans la première modernité<sup>774</sup>, dont le système juridique. Un des changements perceptibles au plan politique serait le glissement graduel de la fonction politique institutionnelle nationale dans la sphère sociale globale :

Even if the influence of the formal political system shrinks, politicians and political scientists continue to look for the political in the formal political system and only in that system. If it should turn out that for some reason no one holds power in that system and that even the most respected powers that be are only simulating power, then the diagnosis reads « ungovernability » and we react accordingly. [...] Perhaps the truly political disappears in and from the political system and reappears, changed and generalized, in a form that remains to be comprehended and developed, as *sub(system)politics* (Beck, 1992) in all the other fields of society.<sup>775</sup>

Ce concept de subpolitique est fondamental dans la théorie de Beck, et crée un important pont avec la philosophie de la précaution. Cette notion semble d'ailleurs pouvoir expliquer certaines interprétations erronées qui ont donné lieu au rapprochement entre la position de Beck et le principe procédural de précaution. Celui-ci encourage certes la participation de la population, mais le dialogue demeure, nous l'avons vu, essentiellement à un niveau national et arbitré par l'État. Or, la subpolitique que décrit Beck dépasse franchement le cadre des États-nations :

The concept of « subpolitics » refers to politics outside and beyond the representative institutions of the political system of nation-states. It focuses attention on signs of an (ultimately global) self-organization of politics, which tends to set all areas of society in

---

qui n'est plus assise sur le droit et n'a d'autre fondement que la recherche de consensus entre partie prenante ». Voir *Id.*

<sup>773</sup> Notamment, Beck mentionne que « [i]n the course of reflexive modernization new political lines of conflict of a high-revving industrial society, which understands and criticizes itself as risk society, arise. These may be better or worse, but are in any case *different* [...] ». Voir U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 87.

<sup>774</sup> U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 139.

<sup>775</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 91. Au sujet du « débat sur le rôle de l'État dans une société libérale », voir notamment P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 34, p. 1399 et suiv.

motion. Subpolitics means "direct" politics – that is, *ad hoc* individual participation in political decisions, bypassing the institutions of representative opinion-formation (political parties, parliaments) and often even lacking the protection of the law. In other words, subpolitics means the shaping of the society from below.<sup>776</sup>

Dans la mesure où le principe de précaution est articulé par l'État, il ne permet pas de laisser libre cours à l'influence de la subpolitique. L'intégration du principe de précaution en droit serait néanmoins représentative d'une tendance à l'intégration de mécanismes juridiques qui permettent un droit venant d'« en-bas » plutôt que d'« en haut ». Plusieurs auteurs voient ainsi dans le principe procédural de précaution un outil de droit postmoderne<sup>777</sup> qui laisserait également croire à une corrélation avec la posture hypermoderne de Beck. Conformément à l'analyse de la présente partie, nous devons toutefois nous positionner en désaccord avec une telle affirmation, puisque le principe de précaution est actuellement intégré dans un système juridique plutôt positiviste, et propre aux États-nations<sup>778</sup>. Par contre, il n'est pas faux de percevoir dans l'essence de la philosophie qui le porte, et donc dans la théorie de Beck, les germes d'un droit postmoderne<sup>779</sup>.

Alors que le principe procédural de précaution tel qu'il existe en droit contemporain n'a pas prouvé être une option souhaitable dans la gestion des risques modernes, ni du point de vue de Beck, ni de celui d'Ewald, l'accord des deux auteurs apparaît essentiellement limité à ce point. De son côté, Ewald se rallie aux forces du marché :

La vulnérabilité de l'entreprise au risque change considérablement, ce qui la conduit à intégrer une démarche de précaution et à se donner des modèles de production ordonnés sur la recherche du risque zéro. Du point de vue de l'entreprise, la gestion précautionneuse consiste d'abord à préserver la valeur du capital. C'est ce qui explique pourquoi et comment le principe de

---

<sup>776</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 39.

<sup>777</sup> Par exemple : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « La principe de précaution : nature, contenu et limites », dans C. LEBEN et J. VERHOEVEN (dir.), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Droit international et relations internationales, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002, p. 93. Voir également N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », préc., note 47, p. 75.

<sup>778</sup> Par ailleurs, M. Boutonnet, dont la thèse proposait une conception du principe de précaution teintée par un postmodernisme juridique, a récemment constaté les limites qu'une telle proposition est susceptible de rencontrer dans les systèmes juridiques actuels. Voir M. BOUTONNET, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », préc., note 642.

<sup>779</sup> Notre recherche ne nous permet actuellement ni de décrire les moyens d'y arriver, ni la forme précise que celui-ci revêtirait, ni s'il s'agit d'une théorie juridique souhaitable. Pour l'instant, soulevons uniquement que le droit postmoderne encouragerait un pluralisme juridique qu'il pourrait être dangereux d'embrasser trop rapidement. Voir B. MELKEVIK, « Une approche critique de l'idéologie du "pluralisme juridique" », (2016) [En ligne] : <<http://www.rivistapolitica.eu/une-approche-critique-de-lideologie-du-pluralisme-juridique/>>.

précaution peut, comme le revendique Pierre Mongin, devenir un principe global du gouvernement de l'entreprise.<sup>780</sup>

Le capital serait donc selon lui la clé qui inciterait les acteurs économiques à intégrer une philosophie de précaution, ce qu'ils feraient par le biais de la gouvernance<sup>781</sup>. Pour Ewald, il serait ainsi possible d'envisager une responsabilité qui serait dès lors moins déterminée par la loi, et donc moins encadrée par des obligations positives, et découlant plus de la morale. Elle se manifesterait dans diverses obligations sociales qu'intégreraient les acteurs économiques, telles se soucier et prendre soin de l'environnement dans son sens large<sup>782</sup>. En ce sens, la gouvernance et l'assurance se compléteraient selon Ewald, et permettraient une saine gestion des risques contemporains. Selon lui, les entreprises seraient ainsi naturellement portées à gérer leur risque de manière efficiente :

Si bien qu'on arrive à l'apparent paradoxe que les entreprises industrielles qui mettent en oeuvre les techniques potentiellement les plus dangereuses parviennent toutefois à avoir des scores de sécurité bien supérieurs à ceux d'industries potentiellement moins dangereuses. C'est le cas du nucléaire, aussi bien pour ses salariés que pour les riverains et, finalement, les consommateurs. Cela apporte un démenti à la thèse d'Ulrich Beck dans *La Société du risque* selon laquelle ce sont les techniques de réduction des risques qui créent les risques.<sup>783</sup>

Or, cet argument ne tient pas la route lorsque l'on conçoit la notion de risque selon le réalisme réflexif propre à Beck, et non d'une perspective purement constructiviste comme celle qu'Ewald expose manifestement ici. Suivant Beck, il serait naïf de croire qu'un score

---

<sup>780</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 58.

<sup>781</sup> *Id.*, p. 59. Rappelons que la gouvernance ne s'éloigne pas radicalement des institutions patronales qui ont pris forme au XIX<sup>e</sup> siècle, et qui prônait un libéralisme juridique.

<sup>782</sup> *Id.*, p. 43. Il s'agirait du principe de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Nous nous rallions ici à une critique émise par Supiot, la RSE, dans sa forme pure, se résumant à l'émancipation des entreprises du droit : « Mais partout les entreprises ont été soumises à des règles qui les obligent à prendre en considération d'autres intérêts que les leurs dans la conduite de leurs affaires. Sans doute Milton Friedman pouvait-il écrire, peu d'années avant d'obtenir le prix d'économie "à la mémoire d'Alfred" Nobel, que "l'unique responsabilité sociale de l'entreprise est celle de faire des profits". Mais une telle conception monofonctionnelle des entreprises n'est concevable que dans un cadre juridique et institutionnel national, qui les oblige à tenir compte des conséquences de leurs activités sur les hommes et la nature. Un tel cadre faisant défaut au plan international, la notion de "responsabilité sociale des entreprises" (RSE) est censée y suppléer. Les grandes entreprises prétendent s'organiser en mini-États, animés par d'autres "préoccupations" que celle de l'enrichissement de leurs actionnaires. Mais sans responsable clairement identifiable, sans organisation susceptible de demander des comptes et sans Tiers devant qui répondre, cette responsabilité n'en est évidemment pas une. La responsabilité sociale des entreprises est un symptôme d'une crise de l'idéologie économique, plutôt qu'un remède susceptible de conjurer les détraquements sociaux engendrés par la globalisation. Placée en état d'apensateur juridique par l'effacement des frontières commerciales, qui émancipe les grandes entreprises des ordres juridiques nationaux, l'économie découvre ses fondements dogmatiques insus et se trouve en quête des débiteurs, des créanciers et des juges sans lesquels plus personne ne répond de rien ». Voir A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Éditions du seuil, 2010, p. 147-148.

<sup>783</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 59.

de sécurité élevé implique que la réalité du risque est entièrement dissoute. En outre, il se refuserait à voir dans le marché le lieu d'une réponse face aux risques catastrophiques de la seconde modernité : « [d]épendre de la consommation et du marché, c'est, à nouveau, sous une forme nouvelle, dépendre de la "nature", et cette dépendance *immanente* du système de marché par rapport à la nature devient, dans et avec le système de marché, une des lois de l'existence au sein de la civilisation industrielle »<sup>784</sup>. Il résulterait de la gouvernance une migration de la fonction politique non dans la société globale, mais plutôt dans la sphère économique, et ainsi la « relation between state and economy is replaced by one between economy and economy »<sup>785</sup>. Ceci est bien entendu sans rappeler que les risques financiers des entreprises et des assureurs demeurent gérés par des structures financières fondées sur divers montages contractuels, et que ces structures génèrent elles-mêmes d'importants dangers. Or, dans ce contexte, les normes seraient donc moins le reflet d'un arbitrage réel et objectif par les organes politiques que de décisions dont le cadre serait grandement déterminé par le marché, et dont le consensus social devrait être acquis *a posteriori*<sup>786</sup>. Ainsi, l'assujettissement du droit au marché nourrirait toujours l'irresponsabilité organisée. La société du risque porterait plutôt, comme le dit Beck, l'utopie nécessaire d'une « modernité *responsable* » fondée sur une « démocratie cosmopolite »<sup>787</sup>. Toutefois, le défi

---

<sup>784</sup> U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préc., note 58, p. 16-17. Au sujet du bouleversement des rapports entre l'économie, les besoins sociaux et les besoins du marché : « Dans la Déclaration de Philadelphie, l'économie et la finance sont des moyens au service des hommes. C'est la perspective inverse qui préside à l'actuel processus de globalisation : à l'objectif de justice sociale a été substitué celui de la libre circulation des capitaux et des marchandises, et la hiérarchie des moyens et des fins a été renversée. Les quatre libertés proclamées par Roosevelt ont cédé la place à la libre circulation des capitaux et des marchandises et à la concurrence sans entrave. Au lieu d'indexer l'économie sur les besoins des individus, et la finance sur les besoins de l'économie, on indexe l'économie sur les exigences de la finance et on traite les hommes comme du "capital humain" au service de l'économie ». Voir A. SUPPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, préc., note 782, p. 25.

<sup>785</sup> U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 217-218

<sup>786</sup> Ce phénomène pousse Beck à parler de *zombie politics*. Voir *Id.*

<sup>787</sup> U. Beck, *World risk society*, préc., note 460, p. 14 et 147-148. La modification profonde de la responsabilité juridique pourrait par ailleurs engendrer, selon Beck, la possibilité d'émergence d'un nouveau genre de contrat d'assurance qui serait indexé sur une autre rationalité politique. Voir U. BECK et J. WILLMS, préc., note 455, p. 138. Supiot reprend le même genre de discours dans un contexte qui touche plutôt le droit du travail : « Dans ce contexte, renouer avec l'impératif de démocratie sociale ne peut se limiter à chanter les bienfaits du dialogue social ou du tripartisme institué à l'OIT [organisation internationale du travail]. Cela oblige à créer les conditions d'une prise en compte permanente de l'expérience concrète des effets de la globalisation au regard de l'objectif de justice sociale. Ce qui suppose de sortir de la démocratie sociale du ghetto où elle est aujourd'hui enfermée et de la rénover en tenant compte de la diversification des formes de travail dans le monde contemporain. La difficulté majeure pour y parvenir n'est pas, contrairement à ce que pourraient laisser penser les discussions sur "l'articulation de la loi et du contrat", le lien à établir entre démocratie sociale et démocratie politique. Non qu'il n'y ait là une vraie question, mais les termes en sont déjà



crucial serait de déterminer comment une réelle solidarité cosmopolite pourrait émerger de la transformation des institutions<sup>788</sup>.

## Conclusion

Si nous revenons à la présentation de la théorie de la société du risque de Beck de la première section, nous y avons vu que la rationalité de la première modernité a été mise à mal par les risques catastrophiques, dont les caractéristiques défient les critères traditionnels d'assurabilité. En raison de l'envergure de ces risques, le rapport de la société à la nature, qui avait été marqué par une déconnexion prononcée au cours de la première modernité, n'a pu faire autrement que devenir une préoccupation centrale. La nature devient même, dans la seconde modernité, une réalité proprement *sociale*, et est donc *internalisée* par la société. Ceci signifie que la définition des risques catastrophiques implique une importante part de *construit social*. Mais dans la théorie de la société du risque, Beck rappelle qu'il est nécessaire de tenir compte des dangers réels et irréductibles qui ne concernent pas seulement une société, mais dont l'envergure est potentiellement mondiale. Incidemment, les institutions sociales actuelles basées sur l'État-nation deviendraient selon l'auteur inadéquates afin de gérer les risques. L'État-nation n'arriverait plus à trouver la légitimité suffisante pour maintenir le contrat social dans les discours scientifique, politique et juridique de la première modernité, discours rationalisés et émanant de l'État-nation. La modernisation réflexive serait le processus identifié par Beck par lequel les institutions sociales sont appelées à changer en réponse aux nouveaux risques et à l'incertitude sociale, mais aussi à la nécessité de renouveler leurs sources de légitimité.

C'est dans ce contexte que le principe de précaution, qui a été abordé dans la deuxième section, est d'ailleurs apparu. Il émerge ainsi dans des circonstances où des décisions doivent être prises concernant les risques catastrophiques alors que les institutions sociales

---

posés et un certain nombre de mécanismes institutionnels sont apparus pour assurer cette "articulation" (qui est bien plutôt une hybridation). La question urgente est celle des relations à établir entre, d'un côté, ces deux formes de représentation délibératives et, de l'autre, les représentations quantifiées de l'état du monde que l'idéologie de la gouvernance fétichise et soustrait à tout processus délibératif». Voir A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, préc., note 782, p. 126-127.

<sup>788</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 14.

cherchent à maintenir, voire à retrouver leur légitimité. À cet égard, le principe de précaution a graduellement été introduit dans la législation, principalement en matière environnementale, alimentaire et sanitaire. Les dispositions qui sont désignées comme sources matérielles du principe de précaution sont essentiellement d'ordre procédural, et s'adressent aux autorités publiques dans le but d'encadrer leurs prises de décision. Cela nous a menés à distinguer le principe de précaution tel que consacré dans la législation de la philosophie de la précaution, et donc des débats *éthiques* qu'il soulève. En ce qui concerne le principe procédural de précaution, il n'aurait pas directement d'impact en droit des assurances. Il aurait cependant un effet indirect en droit privé des obligations, en incitant l'inflation contractuelle. Quant à la philosophie de la précaution, celle-ci pourrait, selon une conception postmoderne du droit, inspirer un principe qui trouverait application dans le droit de la responsabilité civile, ce qui aurait nécessairement des conséquences pour les assureurs. Cette avenue n'étant toutefois pas représentative du droit applicable aujourd'hui, elle permet néanmoins de considérer que l'incertitude concernant l'impact du principe de précaution en droit des assurances provient essentiellement de l'évolution potentielle de la pensée juridique elle-même.

Enfin, dans la dernière section, il s'agissait d'illustrer juridiquement le paradoxe de la cohabitation de la société assurantielle et de la société du risque, dans un contexte où la limite de l'assurance privée a résolument été franchie. Dans un premier temps, nous avons spécifié que la limite de l'assurance privée ne signifie pas la disparition du contrat d'assurance, lequel prolifère d'ailleurs de plus en plus. La limite renvoie plutôt à un changement conceptuel au niveau de la notion de risque et de la manière de les gérer : l'assurance privée ne peut plus suffire parce que les nouveaux risques ne correspondent plus aux critères d'assurabilité traditionnels. Autrement dit, la limite de l'assurance privée est un critère qui fait preuve du changement de rationalité de la première à la seconde modernité. C'est par l'articulation de normes juridiques, souvent d'ordre privé plutôt qu'étatique, que le schéma d'une société assurantielle se perpétue dans l'État-nation. Cela nécessite un interventionnisme accru de la part de l'État dans l'arbitrage des normes, par des nouveaux mécanismes comme le principe de précaution. Les normes qui en découleraient viendraient indirectement soutenir l'industrie de l'assurance. Le paradoxe que l'on peut ici déceler

découle du fait que la société assurantielle est maintenue dans une société où les risques en appellent à d'autres solutions. Dans un deuxième temps, nous avons donc poursuivi l'argumentation en cherchant à savoir si le principe de précaution pouvait harmoniser les impératifs de la société assurantielle avec la société du risque. Nous avons conclu avec Beck que le modèle juridique dans lequel le principe de précaution évolue présentement contribue à faire perpétuer une irresponsabilité organisée, et n'offre pas de solutions adéquates qui tiendraient compte de la théorie de la société du risque. En bref, les institutions juridiques, même si elles changent dans la seconde modernité, conservent néanmoins la même rationalité pour l'instant, ce qui les rend inaptes face aux problématiques soulevées par la société du risque, et font en sorte qu'elles tendent à se reproduire indéfiniment. La diffusion des normes juridiques, sous l'influence d'une politique néolibérale, se révèle un outil au service de l'économie de marché, aspect auquel nous reviendrons dans la conclusion générale.

## CONCLUSION

Au moment même de conclure ce mémoire, un dossier concernant le comportement des grandes pétrolières face aux risques engendrés par leurs activités faisait à nouveau surface dans les manchettes<sup>789</sup>, soulevant du coup plusieurs des enjeux qui ont été discutés ici et qui sont en lien avec la connaissance des risques contemporains. Il y est question de grands joueurs de l'industrie de l'or noir ainsi que de l'Institut américain du pétrole, lobbyiste bien connu du milieu, qui auraient été mis au courant des risques liés la production pétrolière et aux gaz à effets de serre depuis belle lurette. Des résultats de recherches menées entre 1979 et 1983 au sujet des risques de réchauffement climatique auraient effectivement été partagés parmi eux au sein d'un comité. Certains rapports indiquaient alors que les impacts des gaz à effet de serre seraient potentiellement « mesurables dans les 20 prochaines années ». On mentionne que les pétrolières concernées, se retrouvant – encore – au banc des accusés, pourraient être éventuellement poursuivies en responsabilité civile. Aussi peut-on penser que leurs assureurs scrutent déjà les exclusions de la police d'assurance-responsabilité minutieusement...

Cet exemple, qui n'est pas un cas isolé, renoue avec le discours sous-jacent à la problématique de recherche derrière le projet que nous avons mené ici. Il nous ramène dans les méandres de *l'irresponsabilité organisée*, ainsi que de la (mé)connaissance et de l'incertitude des risques catastrophiques, sujets dont nous avons fait état d'entrée de jeu et à plusieurs reprises au long de ce mémoire. C'est par le droit, qui nous a démontré ici être un « observatoire » de choix, que nous avons tenté de comprendre comment s'articule cette irresponsabilité collective, et surtout comment elle est légitimée<sup>790</sup>. Le droit est activement utilisé dans la gestion des risques, à la fois pour mettre un terme à l'obsolescence planifiée de l'humanité et de l'environnement, d'identifier des responsables, comme dans l'exemple précédent. Mais il l'est aussi, contradictoirement, afin de poser les bases juridiques

---

<sup>789</sup> AGENCE SCIENCE-PRESSE, « Le mensonge des pétrolières sur le climat », dans *Le Devoir*, 11 janvier 2016. Nous n'avons pas consulté les rapports auxquels réfère l'article.

<sup>790</sup> Récemment, J. Commaille, réaffirmait avec aplomb la pertinence de l'étude du droit dans la compréhension et l'analyse de l'évolution des sociétés. Voir J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015. À ce propos, nous adhérons à la position de l'auteur.

nécessaires afin que les acteurs économiques puissent opérer librement dans une économie de marché.

En ce qui concerne le régime juridique de responsabilité civile, nous avons précisé qu'il n'a volontairement pas été abordé de front dans les présentes recherches, bien que nous en ayons inévitablement traité au passage. Puisque l'irresponsabilité organisée ne s'y résume pas, nous avons plutôt établi en quoi, dans ce contexte d'irresponsabilité collective, l'évolution de deux outils de gestion des risques qui ne sont pas *a priori* juridiques, en l'occurrence les assurances et le principe de précaution, était instructive sur le droit. Afin de ce faire, nous avons procédé à une argumentation en deux temps : d'abord, au sujet de la limite posée à l'assurance par les risques contemporains et son impact en droit des assurances ; puis, au sujet de la nature du principe de précaution et de son impact en droit civil.

Dans la première partie, nous avons exploré les limites de l'assurance privée sous plusieurs facettes, tout d'abord en examinant comment et pourquoi l'assurance a joué un rôle déterminant dans l'évolution du système juridique vers la forme qu'on lui reconnaît aujourd'hui. Comme nous l'avons vu, historiquement, le droit a été intimement relié à la gestion des risques. La notion s'est dès le départ développée dans une perspective commerciale et contractuelle, donc inévitablement juridique. Par l'intégration de l'imaginaire assurantiel dans le diagramme politique, la notion de risque a marqué un tournant crucial dans la conception de la justice et du droit occidental. Tout au long du premier siècle de l'industrialisation, les risques qui ont suscité des mesures juridiques de gestion sociale étaient essentiellement ceux qui généraient une insécurité au niveau de certains aspects particuliers de l'existence individuelle : travail, santé, propriété, etc. L'assurance leur fournissait une solution satisfaisante, en offrant à l'individu la certitude qu'une indemnisation lui serait accordée simplement et directement s'il perdait son emploi, se blessait, tombait malade, se faisait voler. Ce faisant, celui-ci se trouvait radicalement moins exposé à la pauvreté susceptible de découler de ces événements, dont l'occurrence parmi la population était accentuée par l'industrialisation. L'importance qu'a prise l'assurance au fil du temps a été accompagnée de plusieurs réaménagements juridiques

importants au plan théorique visant à réagir aux nouvelles réalités sociales, entre autres en droit contractuel, en droit de la responsabilité civile et par l'adoption de lois particulières en matière de sécurité sociale. Ce « nouveau droit », le droit *social*, quitte ainsi toute filiation avec un droit naturel. Il s'agit d'un droit positif, composé de fictions juridiques élaborées par l'État qui détermine où se situe le juste. Ce modèle est celui sur lequel se fonde la société assurantielle, une société se réfléchissant en fonction de l'imaginaire assurantiel. Conformément à la thèse d'Ewald, les clés d'analyse de l'établissement d'une société assurantielle se situent : dans la diffusion d'un imaginaire assurantiel dans le diagramme politique, où l'assurance se substitue en quelque sorte à la responsabilité ; dans la consécration d'un droit positif fondé sur la norme ; et dans la mise en place d'un droit social se substituant au droit libéral. L'État s'est ainsi muni d'outils pour *administrer* la justice sociologiquement et scientifiquement, que ce soit sous la forme d'un État providence ou autrement. Ensuite, nous avons démystifié le concept d'assurance : ses origines, ses différentes déclinaisons et sa technique traditionnelle fondée sur le calcul des risques. N'ayant pas relevé de limite particulière dans le cadre contractuel de l'assurance, nous avons exploré comment s'articulent la financiarisation de l'assurance et le développement de techniques assurantielles complémentaires, en regard de l'encadrement juridique de l'assurance et de la participation de l'État en matière d'indemnisation.

De prime abord, il pouvait sembler curieux de parler de la *limite* de l'assurance privée alors que cette industrie se situe parmi les plus prolifiques. Cette limite concerne spécifiquement les risques catastrophiques, lesquels représentent une source d'incertitude par rapport à laquelle la technique d'assurance traditionnelle se montre inadaptée et incomplète, ceux-ci ne se résumant pas à des risques collectifs, calculables et capitaux. Le droit applicable au contrat d'assurance n'a pas montré imposer de limite particulière à l'assurance privée à cet égard, mis à part des exclusions ou clauses particulières que les assureurs pourraient prévoir au contrat à ce sujet. Sur le plan des techniques utilisées par les compagnies d'assurances et les institutions financières, qui ont saisi la chance d'appréhender ce nouveau marché, des moyens leur permettant de faire face à des incertitudes toujours plus radicales se sont développés, dont la réassurance, la coassurance, la titrisation des risques. C'est ici que l'on a fait ressortir de quelle manière les assureurs étaient menacés dans leur propre autonomie

financière, encourageant eux-mêmes des risques de faillite s'ils devaient procéder à des vagues d'indemnisations massives en cas de réalisation d'un risque catastrophique couvert. Le rôle du droit des obligations et des contrats est ici mis à profit, puisqu'il intervient afin de permettre l'élaboration des structures de refinancement nécessaire à la poursuite des activités des assureurs. Malgré cela, la prise en charge des risques catastrophiques ne peut se faire que dans la mesure où l'État garantit des conditions propices à la poursuite de leurs opérations. Cette collaboration entre le secteur privé et public dans l'indemnisation de dommages peut être directe, par exemple dans le cas de partenariats établis afin de gérer des risques particuliers. Mais plus indirectement, l'État intervient surtout à travers des législations qui permettent de venir compléter la protection concernant les risques qui sont écartés par les compagnies, et des lois qui encadrent la pratique de l'assurance. C'est à ce moment que s'est révélée à nous la raison pour laquelle la limite de l'assurance privée semblait *a priori* toujours nous échapper, demeurer un indicateur « fuyant ». L'explication tient à ce que la limite de l'assurance privée comme système de gestion des risques est masquée, ou plutôt dissimulée, derrière une dense structure juridique et normative qui témoigne d'un État « assureur de dernier recours ».

Dans un second temps, nous avons exploré dans la deuxième partie les propositions théoriques au sujet de la société du risque, ce qui nous a permis de recontextualiser le propos précédent. La distinction entre la première et la deuxième modernité a mis en lumière l'évolution de la perception sociale du rapport de l'humanité à la nature, en lien avec l'organisation des rationalités. Dans la deuxième modernité, la nature a prouvé ne pas pouvoir être dominée et contrôlée par une rationalisation techniciste et un discours scientifique. Les risques ne peuvent plus tous être calculés, circonscrits dans un périmètre territorial donné ou encore même indemnisés. C'est ainsi que les risques catastrophiques marquent le passage obligé vers une société du risque, dans laquelle il importe de revoir les présupposés sociaux, de réorganiser les rationalités. Aussitôt cette réalité comprise, la nécessité de transformer les institutions politiques et juridiques pour appréhender les défis que posent les conséquences catastrophiques envisagées apparaît. Or, comme l'émergence du principe de précaution coïncide avec le passage dans la société du risque et suggère de répondre aux problèmes de l'incertitude des risques catastrophiques qu'elle soulève, nous

avons cherché à le caractériser de manière à vérifier dans quelle mesure il pouvait témoigner d'une transformation de la rationalité juridique.

L'engouement autour du principe s'explique en partie par un contexte social dans lequel la prise de décision quant aux enjeux soulevés par les risques catastrophiques est soumise à des impératifs démocratiques plus exigeants, et commande une garantie de transparence et d'indépendance dans les recherches scientifiques. Sous sa forme juridique, il se présente comme un outil essentiellement procédural qui encadre le processus de prise de décision des organes publics, et favorise la prise en compte de l'opinion publique, tout comme la récolte de résultats scientifiques indépendants. Cette consécration procédurale du principe s'inscrit plus globalement dans l'expression juridique d'une attitude de précaution, par le biais de l'adoption de différentes mesures. Il représente toutefois un véhicule juridique dont la porosité permet à l'éthique de précaution préconisée par l'État d'être propulsée. Par ailleurs, certains défendent le fait que le principe de précaution, empreint d'un certain contenu moral, puisse avoir une portée normative en droit de la responsabilité à titre de principe juridique autonome. Cela suppose toutefois une conception du droit qui demeure pour l'instant à l'état théorique, et qui ne se reflèterait pas encore concrètement dans la pratique juridique. Considérant ce qui précède, et en analysant les manières dont le principe de précaution pourrait interagir avec les règles de droit des assurances, nous avons conclu qu'il ne comporte pas d'incidence directe sur le secteur de l'assurance juridiquement parlant. En dépit de ce *statu quo* juridique, les assureurs demeureraient craintifs vis-à-vis des ouvertures possibles dans la sphère de la responsabilité civile, considérant les impacts substantiels qui en retourneraient dans l'évaluation du risque financier représenté par une entreprise en matière d'assurance responsabilité. Enfin, pour prendre acte des transformations institutionnelles en droit engendrées par le principe de précaution, il fallait élargir le champ d'analyse au-delà du système de droit positif, et analyser notamment les rationalités concurrentes à la rationalité juridique.

Grâce au recul que permet de prendre à ce titre la théorie beckienne, il a été possible de s'apercevoir qu'au-delà de la limite de l'assurance privée cohabitent paradoxalement la société assurantielle et la société du risque. Au plan juridique, ce chevauchement est



paradoxal, d'une part, parce que c'est le système juridique, par le droit des obligations et par la participation de l'État à travers la structure juridique complexe qui a été étayée notamment dans la troisième section de la première partie, que la société assurantielle se maintient. Or, cette dernière persiste même alors qu'elle n'offre pas de solutions adéquates face aux risques contemporains au regard de la théorie de la société du risque, mais en crée plutôt de nouveaux, notamment les risques catastrophiques d'ordre financier. En effet, l'économie de marché globalisée à laquelle se rallie la pratique assurantielle contemporaine financiarisée serait elle-même source de risques catastrophiques. La crise financière de 2008 offre d'ailleurs une illustration des conséquences susceptibles d'être engendrés par la prise de pareils risques. D'autre part, le paradoxe tient à ce que la consécration juridique du principe de précaution n'initie pas de changement de rationalité juridique ou politique à proprement parler, et accentuerait même le paradoxe représenté par la société assurantielle. De la manière dont il s'exprime dans le droit positif, il devient plutôt un complément à la société assurantielle, voire en est la suite logique. C'est donc cette société « décisionnelle » qui demeure toujours paradoxale avec les exigences de la *société du risque* dans laquelle elle évolue.

Où cela nous laisse-t-il dans notre réflexion sur le droit ? Voici venu le moment de rappeler l'hypothèse générale de recherche et de proposer certaines ouvertures vers des terrains aux allures fertiles en ce qui concerne toute réflexion future. L'analyse que nous avons faite de l'évolution de l'assurance et du principe de précaution en droit expose particulièrement bien que dans la mesure où ces deux outils de gestion des risques sont mis en œuvre dans le cadre de l'État-nation, ils impliquent inévitablement une profusion normative sur tous les plans juridiques : protection sociale, direction économique, infractions pénales, procédures administratives, contrôle de l'action publique, obligations spéciales... La norme ne s'inscrit toutefois pas seulement dans les lois adoptées par l'appareil étatique, comme c'est généralement le cas du droit qui concerne l'assurance. La norme peut aussi être ni réglementaire, ni législative. Ces normes privées seront par exemple le fruit d'un processus décisionnel lui-même enchâssé dans la loi, comme c'est le cas lorsque le principe procédural de précaution est applicable. Dans ce dernier cas, nous avons vu que des normes afférentes à la décision concernant un risque seront souvent reprises dans un texte juridique

contraignant. Le processus décisionnel demeure lui-même largement influencé par des normes qui n'ont pas force de loi, telles les directives et politiques. Dans tous les cas, la norme juridique demeure, comme l'exprime Ewald, l'expression d'un *jugement* politique, la *transaction* intersubjective entre les groupes sociaux aux intérêts opposés. Il s'agit de la *règle de jugement* qui permet de déterminer ce qui est juste. Or, c'est justement dans le processus de détermination du « juste » que semble se loger une des vulnérabilités considérables de ce modèle. Tant Ewald que Beck décrivent que l'établissement de la norme dans la société contemporaine soit problématique, mais les raisons qui poussent chacun à critiquer le droit normatif s'affrontent radicalement. La théorie de Habermas permet d'aller un pas plus loin dans notre réflexion au sujet de cet affront, et d'enrichir notre réflexion au sujet de la norme en tant que fondement à l'irresponsabilité organisée.

En effet, la position de Beck au sujet de la légitimité de la norme, qui va à l'encontre de celle d'Ewald, offre une franche similitude avec la critique acerbe de Habermas à l'endroit de la théorie de la justice de Rawls<sup>791</sup>. En ce qui concerne Ewald, la manière dont il a montré s'opposer au déplacement engendré par le principe de précaution dans l'établissement de la norme, sans toutefois abandonner le normativisme d'une société assurantielle, rejoint dans une certaine mesure la position rawlsienne, ou du moins, et plus généralement, les théories du droit fondées sur le « contrat social ». Il se refuse à voir une source de légitimité dans le fait de donner la parole aux acteurs sociaux lors de la prise de décision, par l'intermédiaire du principe de précaution, en raison du fait qu'il en découlerait la « suspension du jeu normal des institutions ». Les normes, appelées à se multiplier afin « d'élargir le monde des échanges et des communications », y perdraient selon lui leur valeur et faculté d'instituer une cohésion sociale<sup>792</sup>. À cet égard, l'existence d'un contrat social étatique permettrait notamment de concevoir l'État comme tiers garant des obligations contenues dans les structures contractuelles de refinancement des assureurs

---

<sup>791</sup> Puisqu'il ne s'agit ici que de donner quelques pistes d'analyse en guise d'ouverture, nous nous référons uniquement à certains des éléments soulevés par Habermas à l'encontre de la théorie de Rawls présentés dans : B. MELKEVIK, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls », (1997) 24(1) *Philosophiques* 59. Nous n'entrons évidemment pas dans les détails dans le cadre de cette conclusion, et ne faisons que soulever des liens qui sont trop criants pour ne pas les évoquer en finale.

<sup>792</sup> F. EWALD, *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, préc., note 136, p. 47-49.

privés<sup>793</sup>. La position de Beck à ce sujet est aux antipodes. Il considère que les institutions sont elles-mêmes démunies de toute légitimité réelle dans la société du risque, étant plutôt des contenants sans contenu ou, selon ses termes, des catégories « zombies ». Ainsi, pour Beck, que les institutions consultent ou non le public pour déterminer la norme n'y change rien concernant la légitimité des normes établies, tant que les institutions elles-mêmes gardent une rationalité de la première modernité. C'est dire que le principe procédural de précaution n'est ni suffisant pour instituer une démocratie réelle, ni annonciateur d'un changement dans cette direction. Pour arriver à être au diapason des exigences de la société du risque, Beck suggère une « extension de la démocratie » beaucoup plus substantielle, qui procéderait par une division des pouvoirs et la création d'une « sphère publique », puisque : « [o]nly a strong, competent public debate, "armed" with scientific arguments, is capable of separating the scientific wheat from the chaff and allowing the institutions for directing technology – politics and law – to reconquer the power of their own judgement»<sup>794</sup>. Il rejoint ici Habermas, qui voudrait que toutes les normes soient reconnues et approuvées intersubjectivement par les individus<sup>795</sup>, une intersubjectivité *pratique*, et non supposée par les représentants politiques. Or, et sans trop s'avancer sur la conception de la démocratie habermassienne, le débat public institué par le principe procédural de précaution ne s'y conforme aucunement, entre autres puisqu'il n'implique pas « la participation totale et entière de tous les citoyens », et que « les participants n'ont pas accès à toute l'information possible les concernant et concernant la société »<sup>796</sup>.

Si la tendance se maintient, le développement d'une démocratie réelle, que ce soit au sens où Beck ou encore Habermas peuvent l'entendre, ne semble pas être dans les prochaines

---

<sup>793</sup> À ce propos, voir notamment A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », (2001) 43 *Courrier de l'environnement de l'INRA* 53.

<sup>794</sup> U. BECK, *World Risk Society*, préc., note 460, p. 70.

<sup>795</sup> B. MELKEVIK, préc., note 791, 69.

<sup>796</sup> *Id.*, 64 et 68. S'ils se trouvent en quelques sorte dans le même « camp », les positions de Beck et Habermas divergent notamment au plan de leur conception des « sphères publiques » : « However, global risk public spheres have a completely different structure from the "public sphere" explored by Jürgen Habermas. Habermas's public sphere presupposes that all concerned have equal chances to participate and that they share a commitment to the principles of rational discourse. The threat public sphere is founded on involuntariness and is emotionally and existentially determined. Here it is terror that breaks through the armour of anonymity and indifference, even if for most people it is images of terror that become the source of terror. This is as little a matter of commitment as it is of rationality ». Voir U. BECK, *World At Risk*, préc., note 2, p. 59. Nous ne nous prononçons pas ici sur le bien-fondé de la conception démocratique de Beck.

cartes à être jouées. Nous serions dans une société où la gouvernance est toujours en pleine expansion, le pari d'Ewald étant donc pour l'instant tenu. Mais alors que nous venons de souligner qu'une démocratie réelle est une posture que l'on pourrait avoir avantage à favoriser dans la société du risque, « [c]ontrairement à l'optimisme de ceux qui identifient démocratie et quantification, l'emprise de la gouvernance par les nombres s'accompagne d'une *restriction du périmètre de la démocratie* »<sup>797</sup>. Supiot démontre d'ailleurs de façon convaincante qu'avec la gouvernance, ce sont les nombres qui se substituent à l'intersubjectivité des individus<sup>798</sup>. Ils deviennent le contenu des institutions réduites à des contenants.

Pour conclure, l'analyse de l'évolution de l'assurance et du principe de précaution impliquait, dans le même sens que Supiot, de réaliser que :

[...] la "crise de l'État-providence" est le révélateur d'une rupture institutionnelle beaucoup plus profonde, qui affecte cette manière proprement occidentale de concevoir le gouvernement des hommes. C'est pourquoi l'État, la loi ou la démocratie ne seront pas considérés ici comme des cadres de l'analyse juridique, mais comme des catégories qu'il faut réinterroger pour comprendre les mutations institutionnelles de grande ampleur à l'œuvre sous le couvert de la « globalisation ».<sup>799</sup>

Autrement dit, en nous penchant sur l'interaction des rationalités politiques, économiques et juridiques en matière de gestion des risques, nous avons pu tracer le portrait de cette crise généralisée, qui semble – dans le scénario le moins tragique – pointer vers une nécessaire révolution institutionnelle<sup>800</sup>. Tant que le débat public demeurera préservé sous le couvert des institutions politiques et juridiques actuelles, et que les principes démocratiques demeureront rattachés à la rationalité de la première modernité, ces institutions perpétueront leur autoreproduction tout en s'asservissant davantage aux exigences capitalistes. Le droit pourrait-il jouer un rôle dans cette révolution ? Sans extrapoler davantage, disons simplement, toujours avec Supiot, que « [l]e principe de solidarité est

---

<sup>797</sup> A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 263.

<sup>798</sup> Pour plus de détails sur ce qu'implique la gouvernance dans les sociétés contemporaines, voir *Id.*

<sup>799</sup> *Id.*, p. 11-12.

<sup>800</sup> Au sens d'une « [t]ransformation complète (avec l'idée de grands changements dans la société, mais sans idée de brusquerie, ni de violence) ». Voir P. Robert et A. Rey (dir.), préc., note 4, [révolution]. Cette proposition s'appuie sur l'argument de Beck selon lequel la rationalité des institutions actuelles serait inadéquate avec les impératifs de la société du risque, propos que nous avons illustré avec la présente recherche. En ce sens, la question se pose à savoir quelle forme une telle révolution institutionnelle pourrait prendre, ce qui nécessite au préalable une prise de position théorique.

aujourd'hui le principal obstacle auquel se heurte le Marché pour s'imposer totalement face à l'ordre juridique »<sup>801</sup>.

Terminons en mentionnant que si les risques contemporains nécessitent de « prendre la responsabilité au sérieux », faudrait-il d'abord cesser de prendre au sérieux ce qui nous est présenté telles de pures vérités ? Puisqu'à prendre la vérité au sérieux, Nietzsche dirait qu'« [i]l est ainsi possible que quelqu'un, en raison même de son pathos du sérieux, révèle la superficialité et l'absence d'exigence avec lesquelles son esprit a joué jusqu'alors au royaume de la connaissance. – Et tout ce à quoi nous attribuons une *lourde importance* n'est-il pas révélateur de nous-mêmes ? Cela montre où sont nos poids et pour quelles choses nous n'avons pas de poids »<sup>802</sup>.

---

<sup>801</sup> A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, préc., note 43, p. 414. L'assurance, dont les activités revêtent toujours davantage un caractère spéculatif, n'iraient pas en ce sens. Voir *Id.*, p. 226.

<sup>802</sup> F. NIETZSCHE, *Le Gai savoir*, Paris, Flammarion, 2007, p. 138.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages consultés et cités

- ADLER, J., « Greenhouse policy without regrets. A Free Market Approach to the Uncertain Risks of Climate Change », (2000) *Competitive Enterprise Institute* [en ligne].
- AGENCE SCIENCE-PRESSE, « Le mensonge des pétrolières sur le climat », dans *Le Devoir*, 11 janvier 2016
- ALBERT, M., « Le rôle économique et social de l'assurance », dans EWALD, F. et J.-H. LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998.
- ARBOUR, M.-È., *Fragments de droit québécois et canadien. Histoire, mixité et mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- ARBOUR, M., « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international », (2002) 43 *Cahiers de Droit* 5.
- ARNAUD, A.-J., « De la postmodernité », dans *Id.*, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.
- AUCLAIR, R. et P. ISSALYS, « Le revenu minimum garanti et les problèmes juridiques de sa mise en œuvre », (1991) 32-3 *Cahiers de Droit* 643.
- BARROUX, J. et R. DESSAL, *L'assurance, Que-sais-je?*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.
- BAUDOIN, J.-L., DESLAURIERS, P. et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., 2 vol., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- BAUDOIN, J.-L., JOBIN, P.-G. ET N. VÉZINA, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- BAUDOIN, J.-L., JOBIN, P.-G. ET N. VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.
- BECK, U. « Critical Theory of World Risk Society : A Cosmopolitan Vision », (2009) 16(1) *Constellations* 3.
- BECK, U., « La société du risque globalisée revue sous l'angle de la menace terroriste », (2003) 114 *Presses Universitaires de France* 27.
- BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.
- BECK, U., « Living in the world risk society », (2006) 35(3) *Economy and Society* 329.
- BECK, U., *The Metamorphosis of the World : How Climate Change is Transforming our Concept of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016 (à paraître).
- BECK, U., *World At Risk*, Cambridge, Polity Press, 2009.
- BECK, U., *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999.
- BECK, U. et E. GRANDE, « Varieties of second modernity : the cosmopolitan turn in social and political theory and research », (2010) 61-3 *The British Journal of Sociology* 409.
- BECK, U. et J. WILLMS, *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, UK, Polity Press, 2004.
- BÉLANGER, A., « Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance », (2009-2010) 77 *Assurances* 203.
- BÉLANGER, A., « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », 56 (2) *Revue de Droit de McGill* 317.
- BÉLANGER, A. et J. MANEKENG TAWALI, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) *Revue Générale de Droit* 297

- BÉLANGER, A. et J-H SMITH-LACROIX, « Le droit, la statistique et l'assurance », (2012) 46(1) *Revue Juridique Thémis* 99.
- BERGERON, J.-G. et N. RAYNEAULT, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Édition Revue du droit Université de Sherbrooke, 1996.
- BOBBIO, N., *Essai de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., « La principe de précaution : nature, contenu et limites », dans LEBEN, C. et J. VERHOEVEN (dir.), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Droit international et relations internationales, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002.
- BOURRIAU, C., *Le « comme si » : Kant, Vaihinger, et le fictionalisme*, Paris, Cerf, 2013.
- BOUTONNET, M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.
- BOUTONNET, M., « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », (2014) 10 *Revue international de droit et politique du développement durable de McGill* 105.
- BRUN, H., TREMBLAY, G. ET E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, [en ligne].
- BRUNET, S., *Société du risque : quelle réponses politiques ?*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- BUREAU DE LA LCPE, ENVIRONNEMENT CANADA, PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT, *La LCPE et le principe de ou l'approche de précaution*, Examen de la LCPE : document d'élaboration des enjeux 18, Hull, Ministre des Approvisionnements et Services, 1994.
- CARTIER, G., « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif », (2002) 43 *Cahiers de Droit* 79.
- CHANTRAINE, G. et J.-F. CAUCHIE, « Risque(s) et gouvernementalité. Reconstruction théorique et illustration empirique : les usages du risque dans l'économie du châtement légal », *Socio-logos* [En ligne].
- CHARBONNEAU, M., *La théorie de la société du risque à l'épreuve de l'économie politique de l'assurance : état des lieux du débat autour du principe d'inassurabilité privée chez Ulrich Beck*, Mémoire, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2011.
- CHASSAGNARD-PINET, S. et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.
- CHEMARIN, S., « Couverture des risques catastrophiques potentiels : Vers une théorie économique de l'assurabilité en incertitude », (2005) 73 *Assurances et Gestion des Risques* 141.
- CHEVALLIER, J., « Vers un droit postmoderne ? », dans CLAM, J. et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.
- COLLAS-HEDDELAND, E. et al., *Pour une histoire culturelle du risque. Genèse, évolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales*, Strasbourg, Éditions Histoire et Anthropologie, 2004.
- COMITÉ EUROPÉEN DES ASSURANCES, *Between Public and Private. Insurance solutions for a changing society*, 2005.
- COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.
- COMPTOIS, S., « L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien », (2006) 66 *Revue du Barreau* 401.

- CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA (CRSH), *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983.
- CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- CÔTÉ, A. C., « L'Acte des manufactures de Québec, 1885. Un centenaire », (1985) 40(3) *Relations industrielles* 623.
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.
- COUSY, H., « Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances », dans DU BUISSON B. et al. (dir.), *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2003.
- CUMYN, M. et M. SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », dans G. AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2<sup>e</sup> journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 57-92.
- CUSSET, F., *French theory : Foucault, Derrida, Deleuze et Cie et les mutations intellectuelles aux États-Unis*, Paris, La Découverte, 2005.
- DELMAS-MARTY, M., « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », (2009) 130-3 *Revue de synthèse* 465.
- DE MARCELIS-WARIN, N. et E. MICHEL-KERJAN, « Catastrophe risk sharing and public-private partnerships : From natural disasters to terrorism », (2003) *CECO* 945 [En ligne].
- DE MARCELLIS-WARIN, N. et I. PEIGNIER, *Perception des risques au Québec. Baromètre Cirano 2012*, Montréal, Presses Internationales Polytechniques, 2012
- DE SADELEER, N., « Le statut juridique du principe de précaution », dans EWALD, F., GOLLIER, F. et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Que-sais-je ?, Paris, Presses de l'Université de France, 2008.
- DEVINAT, M. et E. GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44(2) *Revue Juridique Themis* 7.
- DEVOST, M., « Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental », (2012) 71 *Revue du Barreau* 43.
- DUKELOW, D. A. (dir.), *The Dictionary of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2011.
- DUPLÉ, N., *Droit constitutionnel : principe fondamentaux*. 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.
- DUPRAT, F., « La négociation du contrat d'assurance : du plus fort au plus faible », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 306, *Développements récents en droit de l'assurance 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- EECKHOUDT, L. et S. SPAETER, « La dictature des 3P : Prévention, Prudence, Précaution », (2013) 81(1-2) *Assurance et gestion des risques* 59.
- EMANUELLI, C., *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- ERICSON, R. V. et A. DOYLE, « Catastrophe risk, insurance and terrorism », (2004) 33-2 *Economy and Society* 135.
- EWALD, F., *Aux risques d'innover. Les entreprises face au principe de précaution*, Paris, Éditions Autrement, 2009.
- EWALD, F., « La société assurancielle et son avenir », (2009) 157 *Le Débat* 88.
- EWALD, F., « L'assurantialisation de la société française », (2011) 31(2) *Les Tribunes de la santé* 23.



- EWALD, F., « Le point de vue des assureurs », dans *La prévention et la protection dans la société du risque : le principe de précaution*, Les colloques de l'Institut Servier, Amsterdam, Éditions Elsevier, 2001.
- EWALD, F., *L'État providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986.
- EWALD, F., « Norms, Discipline and the Law », (1990) 30 *Representations. Special Issue : Law and the Order of Culture* 138.
- EWALD, F., « Philosophie politique du principe de précaution », dans EWALD, F., GOLLIER, F. et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Que-sais-je ?, Paris, Presses de l'Université de France, 2008.
- EWALD, F. et D. KESSLER, « Les noces du risque et de la politique », (2000) 109 *Le Débat* 55.
- FAURE, M. G. et T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, Paris, Organisation de coopération et de développement économique, 2003.
- FLORIN, P., « L'assurance confrontée au principe de précaution ? », (2004) 57 *Risques : les cahiers de l'assurance*.
- FORRAY, V., « À la croisée du droit des obligations et de l'ingénierie financière – Remarques sur la nécessité sociale de l'analyse juridique », (2016) 57(1) *Les Cahiers de droit* 25.
- FORRAY, V., « Le principe de précaution ou les surprenantes ressources de la responsabilité juridique », dans *Aspects juridiques de la protection du consommateur dans l'Union Européenne*, Vilnius, Éditions Mykolo Romerio Universitatis, 2011.
- FORRAY, V., « Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité », (2014) 59-4 *Revue de droit de McGill* 847.
- FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1878-1879*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.
- GENDRON, F., *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.
- GHESTIN, J., « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 25.
- GIDDENS, A., *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990.
- GINGRAS, F.-P. et C. CÔTÉ, « La sociologie de la connaissance », dans GAUTHIER, B. (dir.), *Recherche sociale*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2009.
- GODARD, O., « De la nature du principe de précaution », dans ZACCAÏ, E. et J. N. MISSA, *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.
- GODARD, O., « Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie », (2000) 11 *Philosophie politique* 17.
- GODARD, O., HENRY, C., LAGADEC, P. et E. MICHEL-KERJEAN, *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Paris, Gallimard, 2002.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*, Canada, 2003 [en ligne].
- GREENPEACE, *Projet de loi 89 . Symbolisme de façade ou action pour le véritable développement durable ?*, par E. DARIER, Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi no. 89 - Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect, 2011.
- GUASTINI, R., « Norbert Bobbio, ou de la distinction », dans N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998.

- GUY, M., « Le Code civil du Québec : Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 454.
- HABERMAS, J., *Théorie et pratique*, Paris, Payot, 2006.
- HOOGENBOOM, M. et R. OSSEWAARDE, « From Iron Cage to Pigeon House : The Birth of Reflexive Authority », 26(4) *Organization Studies* 601.
- ISSALYS, P., « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression », (2009) 50 *Cahiers de Droit* 825.
- ISSALYS, P. et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis des institutions administratives*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- JAMIN, C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans GHESTIN, J. (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.
- JOBIN-LABERGE, O., « La faute intentionnelle : approche objective et subjective », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des assurances (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 139-159.
- KARIM, V., *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- KERMISCH, C., *Le concept de risque. De l'épistémologie à l'éthique*, Paris, Tic & Toc, 2011.
- KESSLER, D., « Ulrich Beck et la Société du risque », (2002) 100(4) *Commentaire* 890.
- KOURILSKY, P., et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999.
- LABRECQUE, P., *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- LACASSE, J.-P., *Le claim en droit québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976.
- LAMOUREUX, J.-F., « Le droit des assurances », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau, vol. 6, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- LANCTÔT, S. et P. A. MELANÇON (dir.), *Commentaires sur le droit des assurances et textes législatifs et réglementaires*, Markham, LexisNexis, 2008.
- LATOUR, B., « Beck ou comment refaire son outillage intellectuel », dans BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.
- LEGAULT, G. A. et al., *Nanotechnologies et principe de précaution. Forces et limites de l'appel au principe*, collection Enjeux Éthique Contemporains, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.
- LEGRAND JR, P., « Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30-4 *C. de D.* 875.
- LEMAY, V., « La propension à se soucier de l'Autre : promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile », dans DARBELLAY, F. et T. PAULSEN (dir.), *Au miroir des disciplines : réflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherche inter et transdisciplinaires*, Berne, Peter Lang, 2011.
- LE VAILLANT, L., « Tout Fout'l'cault », (2004) *Libération* [En ligne].
- LLUELLES, D., *Précis des assurances terrestres*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- LUPTON, D., *Risk*, London, Routledge, 1999.
- LYOTARD, J.-F., *La condition postmoderne*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979.
- MAGNE, L., « Histoire sémantique du risque et de ses corrélats : suivre le fil d'Ariane étymologique et historique d'un mot clé du management contemporain », (2010) *IDEAS Working Paper Series from RePEc*.

- MANIET, F., *Nanotechnologies et produits de consommation : quels risques ? quels encadrements ?*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.
- MATTEI, U., « The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version) », (2011) [en ligne] : <[http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/40/](http://works.bepress.com/ugo_mattei/40/)>.
- MARCUSE, H., *L'homme unidimensionnel*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1968.
- MAYAUX, L., « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », (2003) 2003-02 *Revue générale du droit des assurances* 269.
- MELKEVIK, B., « Du contrat à la communication », (1997) 24(1) *Philosophiques* 59.
- MELKEVIK, B., « Une approche critique de l'idéologie du "pluralisme juridique" », (2016) [En ligne] : <<http://www.rivistapolitica.eu/une-approche-critique-de-lideologie-du-pluralisme-juridique/>>.
- MILLARD, E., « Présentation », dans A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- MIMOUNI, K., « La titrisation du risque de catastrophe », (2002) 70(2) *Assurances* 263.
- MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, *Rapport sur l'application de la Loi sur les assurances et de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, Québec, Gouvernement du Québec, 2013.
- MOCKLE, D., « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43(2) *Les Cahiers de droit* 143.
- MOCKLE, D., « La rationalité juridique et politique de l'État providence », (1987) 11 *Politique* 138.
- MONGIN, O. et J. ROMAN, « Société assurantielle et solidarité : Entretien avec François Ewald », (2002) 10 *Esprit* 117.
- MORIN, F., *L'élaboration du droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
- MORISSETTE, Y.-M., « Une épistémologie du droit : L'État providence de François Ewald », (1987) 28-2 *Cahiers de Droit* 407.
- NADON, O., « Les volets de l'article 20 ont-ils besoin d'être changés ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- NÈGRE, C. et H. TRUDEAU, « La réglementation des OGM au Canada et sur la scène internationale : similitudes et divergences », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 306, *Développements récents en droit de l'environnement 2004*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.
- NIETZSCHE, F., *Le Gai savoir*, Paris, Flammarion, 2007.
- NOVEMBER, A. et V. NOVEMBER, « Risque, assurance et irréversibilité », (2004) XLII-130 *European Journal of Social Science* 161.
- OPTION CONSOMMATEUR, *Pertinence pour le consommateur de l'application du principe de précaution en sécurité alimentaire au Canada*, par D. NAKACHE, avec la collab. de M.-F. HUOT, Montréal, Bureau de la consommation, Industrie Canada, 2003.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit », dans CHAZEL, F. et J. COMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.
- PARDY, B., « Applying the Precautionary Principle to Private Persons : Should it Affect Civil and Criminal Liability ? », (2002) 43 *Cahiers de Droit* 63.
- PERETTI-WATEL, P., *La société du risque*, Paris, La Découverte, 2010.

- PERETTI-WATEL, P., « Risque et innovation : un point de vue sociologique », (2003) 18(2) *Innovations* 59.
- PETITCLERC, M., « Le paternalisme industriel et la gestion des risques sociaux au Québec. Le cas de la Montreal Tramways Company au début du XX<sup>e</sup> siècle », dans CAULIER, B. et S. COURVILLE (dir.), *Temps, Espace et Modernités : mélanges offerts à Serge Courville et Normand Séguin*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008.
- PIERET, J., « De la société du risque à la société réflexive. Beck peut-il sauver la modernité ? », dans CARTUYVELS, Y. (dir.), *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2008.
- PIERET, J., « De la société du risque au droit réflexif. Illustration à partir d'un avant projet de loi relatif à l'aéroport de Zaventem », mai 2007 : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14>.
- PIERET, J., « Épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur la doctrine environnementaliste », (2012) 17 *Lex electronica* 1.
- PIERET, J., « Pour une épistémologie du risque : la troisième voie d'Ulrich Beck et son influence sur les juristes », *Lex Electronica*, Revue en ligne du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal, hiver 2012 : [http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_305.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_305.pdf).
- PIRON, S., « L'apparition du *resicum* en Méditerranée occidentale, XII<sup>e</sup> – XIII<sup>e</sup> siècles », dans E. COLLAS-HEDDELAND et al., *Pour une histoire culturelle du risque. Genese, évolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales*, Strasbourg, Éditions Histoire et Anthropologie, 2004, p. 2 [En ligne]. PLESSIS, A., et A. STRAUS, « L'essor des assurances dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle », (2001) 69(2) *Assurances* 65.
- POLLAK, C., « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », (2011) 125 *Travail et Emploi* 67.
- POSTEL-VINEY, K., « Sciences sociales "universelles" contre aires culturelles "idiosyncratiques" ? Anciennes questions, nouveaux problèmes », publié sur CERI : <<http://www.sciencespo.fr/ceri>>.
- POULET, B., « Les intellos au service des patrons », (2002) *L'expansion* [En ligne].
- QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission de la santé et des services sociaux, 1<sup>e</sup> sess., 40 légis., 20 août 2013.
- RACICOT, M.-A., « Renseignements commerciaux confidentiels et accès à l'information : un guide pour s'y retrouver », dans Barreau du Québec. Service de la formation continue, *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (2003), vol. 188, Cowansville, Yvon Blais, 2009.
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- ROBERT, P. (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2016.
- ROBERT, P. et A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française (en ligne)*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2001.
- SÉKPONA-MÉDJAGO, K.T., *Défis technologiques et principe de précaution pour une réflexion sur le principe responsabilité de Hans Jonas et les fondements de l'éthique du bien commun*, Québec, Faculté de philosophie, Université Laval, 2007.
- SØRENSEN, M.P., *Ulrich Beck : An Introduction to the Theory of Second Modernity and the Risk Society*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013.

- STEELE, A., « Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce », dans Barreau du Québec. Service de la formation continue, Développements récents en droit de la non-concurrence (2009), vol. 313, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.
- SUPIOT, A., « La contractualisation de la société », (2001) 43 *Courrier de l'environnement de l'INRA* 53.
- SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.
- SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Éditions du seuil, 2010.
- SUPIOT, A. et M. DELMAS-MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015
- TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- TANCELIN, M., *Le droit malade de l'argent : essai*, Montréal, 2013.
- TRIGEAUD, J.-M., « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13.
- TRUDEAU, H., « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 455.
- TRUDEAU, H., « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 in fine de la Loi sur la qualité de l'environnement », (2002) 43 *Cahiers de Droit* 103.
- TRUDEAU, H. et T. LEROUX, « Conjurer un sort incertain : Le principe de précaution et l'évaluation des espèces en péril au Canada », (2008) 87 *Revue du Barreau canadien* 161.
- VAN DE KERCHOVE, M. et F. OST, « Science du droit, sciences humaines et sociales, fiction littéraire et artistique. Pour un dépassement interdisciplinaire des frontières », dans CHASSAGNARD-PINET, S. et al. (dir.), *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013.
- VARGAS, É. et L. KHOURY, « L'innovation technologique et la responsabilité civile », (2014) 59-4 *McGill Law Journal* 773.
- VEICH, S., *Law and Irresponsibility : On the Legitimation of Human Suffering*, New York, Routledge-Cavendish, 2007.
- WEYEMBERGH, M., « Max Weber et Ulrich Beck : de la première modernité à la deuxième modernité ? », dans KERMISCH, C. et G. HOTTOIS (dir.), *Techniques et philosophies des risques*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2007.

### **Jurisprudence consultée et citée**

- 114957 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241.
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554.
- Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.
- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.
- Greenpeace Canada c. Canada (Attorney General)*, [2014] AZ-51076031 (C.F.).
- Hydro-Québec et Intervenants*, D-2012-127 (Régie de l'énergie du Québec).
- Lebel c. 9067-1959 Québec inc.*, 2014 QCCA 1309.
- Morency c. Syndicat des copropriétaires du 13061 Forsyth*, 2014 QCCS 4083 (CanLII).

*St-Damien (Municipalité de) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, [2012] AZ-50868722 (C.S.).

*Weir c. Canada (Santé)*, [2011] AZ-50809787 (C.F.).

*White c. Châteauguay (Ville de)*, 2013 QCCS 3138 (CanLII).

### **Législation québécoise consultée et citée**

*Acte pour protéger la vie et la santé des personnes employées dans les manufactures ou dans sa version abrégée Acte des manufactures de Québec*, (1985) 48 Vict. S.O., c. 39.

*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, R.L.R.Q., c. A-2.1.

*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, R.L.R.Q., c. A-3.001.

*Loi sur l'administration financière*, R.L.R.Q., c. A-6.001.

*Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, R.L.R.Q., c. A-13.1.1.

*Loi sur l'assurance automobile*, R.L.R.Q., c. A-25.

*Loi sur l'assurance-hospitalisation*, R.L.R.Q., c. A-28.

*Loi sur l'assurance parentale*, R.L.R.Q., c. A-29.011.

*Loi sur l'assurance-récolte*, R.L.R.Q., c. A-30.

*Loi sur les assurances*, R.L.R.Q., c. A-32.

*Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, R.L.R.Q., c. A-33.2.

*Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, R.L.R.Q., c. C-6.2.

*Loi sur les commissions d'enquête*, R.L.R.Q., c. C-37.

*Loi sur le développement durable*, R.L.R.Q., c. D-8.1.1.

*Loi sur la distribution des produits et services financiers*, R.L.R.Q., c. D-9.2.

*Loi sur Héma-Québec et sur le comité de biovigilance*, R.L.R.Q., c. H-1.1.

*Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, R.L.R.Q., c. I-6.

*Loi d'interprétation*, R.L.R.Q., c. I-16.

*Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, R.L.R.Q., c. P-39.1.

*Loi sur la protection du consommateur*, R.L.R.Q., c. P-40.1.

*Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2.

*Loi sur le régime de rentes du Québec*, R.L.R.Q., c. R-9.

*Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent*, S.Q. 1909, c. 66.

*Loi des retenues sur le salaire des ouvriers pour fins d'assurance*, S.Q. 1915, c. 71.

*Loi sur la sécurité civile*, R.L.R.Q., S-2.3.

*Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, R.L.R.Q., c. S-29.01.

*Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1.

### **Législation fédérale consultée et citée**

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.

*Loi sur les agents pathogènes humains et les toxines*, L.C. 2009, c. 24.

*Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, L.C. 2002, c. 18.

*Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. (1985), c. F-8.

*Loi concernant l'assurance emploi au Canada*, L.C. 1996, c. 23.

*Loi fédérale sur le développement durable*, L.C. 2008, c. 33.

*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29.

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 2012 c. 19.

*Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, DORS 2007-272.

*Loi sur l'indemnisation des marins marchands*, L.R.C. (1985), c. M-6.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21.

*Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31.

*Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, c. 28.

*Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33.

*Loi instituant au Canada un régime général de pensions de vieillesse et de prestations supplémentaires payables aux cotisants et à leur égard*, L.R.C. (1985), c. C-8.

*Loi sur la responsabilité nucléaire*, L.R.C. (1985), c. N-28.

*Loi pourvoyant à la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), c. O-9.

*Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, L.C. 2010 c. 21.

*Loi sur les sociétés d'assurance*, L.C. 1991, c. 47.

#### **Législation constitutionnelle consultée et citée**

*Loi constitutionnelle de 1967*, 30 & 31 Victoria, c. 3.